

THÈSE DE

PARIS.

1887.

N^o. 99.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ÉTUDE SUR L'ARBITRIUM JUDICIS

EN DROIT ROMAIN

DES

LEGS AUX PERSONNES MORALES

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

ALBERT PITOIS

Avocat à la Cour d'appel de Paris.

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1887

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ÉTUDE SUR L'ARBITRIUM JUDICIS

EN DROIT ROMAIN

DES

LEGS AUX PERSONNES MORALES

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 12 mai 1887, à midi

PAR

ALBERT PITOIS

Avocat à la Cour d'appel de Paris.



Président : M. BUFNOIR, Professeur

SUFFRAGANTS

{ MM. GÉRARDIN
DUCROCQ
BEAUREGARD

} PROFESSEURS

AGRÉGÉ

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1887



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MON PÈRE, A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

ÉTUDE SUR L'ARBITRIUM JUDICIS

INTRODUCTION

La société qui a pour mission de rendre la justice, ne peut pas empêcher la violation du droit ; elle résulte nécessairement du libre arbitre et de l'activité humaine qui sont employés pour le mal comme pour le bien. Le pouvoir social n'intervient que lorsque le droit d'un particulier a été méconnu ; il s'efforce alors de lui procurer une réparation aussi exacte que possible ; pour cela la force publique, mise à son service, brise la résistance de celui qui a enfreint la loi, et qui ne veut pas réparer spontanément le trouble causé. Malheureusement ce pouvoir n'est pas tout-puissant, et parfois il se heurte à des obstacles invincibles, opposés par les forces de la nature ou par la volonté de l'homme. On ne peut

rendre la vie à celui qui a été victime d'un meurtre ; il n'y a pas de dommages-intérêts qui puissent compenser, pour celui qu'une voie de fait a blessé, la perte de la santé ou du libre usage des facultés physiques. Quand on détruit l'objet de mon droit, celui-ci s'éteint d'une façon définitive, et la justice ne peut m'accorder qu'un équivalent en argent. Lorsqu'un artiste refuse d'exécuter un travail qu'il m'avait promis ou de me livrer une de ses œuvres qu'il m'avait vendue, aucun équivalent ne saurait m'être donné ; une condamnation pécuniaire, si onéreuse qu'elle soit pour le débiteur, ne constituera pas pour moi une satisfaction véritable.

Il y a des cas, au contraire, où mon droit ayant été méconnu, il me sera possible d'obtenir une satisfaction beaucoup plus complète. Certes, pour le passé, je n'aurai jamais que des dommages-intérêts, et ils ne seront pas toujours une réparation du trouble : l'atteinte portée à mon droit, l'engagement d'un procès, l'inquiétude du résultat m'ont occasionné des ennuis, des soucis qui ont été peut-être le germe d'une maladie, et pour lesquels il n'y a pas de compensation possible.

Mais on pourra souvent, pour l'avenir, restituer mon droit dans son état primitif en lui rendant son objet. La prestation que vous me devez consiste-t-elle à faire un certain travail qui peut être exécuté par un tiers, à vous abstenir de certaines constructions qui me nuisent ? On conçoit très bien que les tribunaux vous condamnent à fournir l'objet même de votre obligation, et m'auto-

risent, au cas où vous n'obéiriez pas à cette injonction, à faire à vos frais exécuter le travail, détruire les constructions. S'agit-il d'un corps certain, mobilier ou immobilier, que vous me devez, mais que cependant vous vous refusez à me livrer? La force publique le saisira entre vos mains et m'en fera acquérir ou recouvrer la possession.

Ce procédé à la fois simple et efficace de sanctionner le droit, est loin d'avoir été immédiatement appliqué par les Romains. Ce n'est que depuis l'époque de Dioclétien que la condamnation peut porter sur l'objet même de l'obligation. Jusque-là elle ne pouvait être que pécuniaire (Gaius, IV, § 48). Elle avait exclusivement pour objet une somme d'argent représentant l'intérêt du demandeur (Acc., II, p. 857).

L'inconvénient de ce mode de satisfaction qui ne procurait pas exactement le bénéfice du droit fut aperçu de bonne heure ; mais les Romains, peuple essentiellement conservateur et fidèle à toutes ses traditions, ne songèrent pas à abroger l'antique règle des condamnations pécuniaires. Le préteur, organe du progrès dans la législation, en la laissant debout, y apporta un tempérament dans les cas où elle lui paraissait particulièrement choquante. Il conférait alors au juge un pouvoir, appelé *arbitrium*, en vertu duquel, lorsqu'il avait reconnu le bien fondé de la demande, il prononçait un ordre (*jussum*), au lieu d'une condamnation immédiate. Cet ordre, à la différence de la condamnation, pouvait

porter sur un objet quelconque et par conséquent sur celui même auquel le demandeur avait droit ; l'exécution du *jussum* lui procurait ainsi une satisfaction aussi complète que possible. L'ancienne règle n'en subsistait pas moins, car, en cas de résistance à l'injonction du juge, une condamnation devait intervenir, et elle ne pouvait être que pécuniaire. Je suppose, par exemple, que Primus, se prétendant propriétaire d'un fonds, le revendique contre Secundus qui le possède actuellement. Le juge examinait les preuves fournies par le demandeur. Si sa prétention ne lui paraissait pas justifiée, ou si elle était paralysée par une exception, il prononçait l'absolution du défendeur. Au cas contraire, usant de l'*arbitrium* dont il était investi dans un tel procès, il lui ordonnait de restituer ; et si Secundus, le possesseur, n'obéissait pas à ce *jussum*, il était condamné à une somme d'argent représentant l'intérêt du demandeur et fixée par ce dernier lui-même, sous la seule garantie du serment. On arriva même à admettre, vers l'époque d'Ulpien, que le *jussum* du juge pouvait être exécuté par la force (68, D., *De rei vind.*). C'était donner à l'*arbitrium* toute la puissance que cette institution pouvait comporter pour la satisfaction exacte des droits.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE DE L'ARBITRIUM

L'*arbitrium* nous apparaît, avons-nous dit, comme un correctif de la règle que les condamnations sont pécuniaires. On est dès lors porté à se demander si, dans le premier état de la procédure romaine, c'est-à-dire sous l'empire des *legis actiones*, cette règle était en vigueur, et si, en admettant l'affirmative, elle était tempérée par l'*arbitrium* ou par quelque autre procédé. — Jusqu'à ces dernières années, on admettait unanimement, qu'une différence capitale séparait la procédure formulaire de celle des actions de la loi, en ce qui touchait le mode de condamnation. Un point, qui a toujours été et est encore hors de doute, c'est que sous le système formulaire, la règle des condamnations pécuniaires était en pleine vigueur (1). Seulement, on prétendait qu'il en était autrement sous les *legis actiones* et qu'ici la condamnation en nature pouvait être

(1) Gaius, IV, § 48; L. 4, § 3, *De re judic.* *Non obstat* la dernière phrase du fragment de Celse (13, § 1, *De re judic.*).

prononcée. Cette opinion se fondait sur le § 48 du quatrième commentaire de Gaius, qu'on lisait de la manière suivante :

« Itaque etsi corpus aliquod petamus, velut fundum, « hominem, vestem, aurum, argentum, iudex non « ipsam rem condemnateum, cum quo actum est, sicut « olim fieri solebat, (sed) æstimata re pecuniam eum « condemnat. » M. Pellat, qui rapporte ainsi le texte (1), le traduit de la façon suivante : « En conséquence, lors même que nous demandons un objet corporel, comme un fonds, un esclave, un vêtement, de l'or, de l'argent, le juge ne condamne pas celui qui est actionné à la chose même, comme cela se faisait autrefois, mais, après avoir estimé la chose, il le condamne à une somme d'argent. »

A lire ainsi le texte, le principe des condamnations en nature sous les *legis actiones* (*olim*) s'en dégage sans aucun doute. Cependant, des hésitations se produisent sur sa portée. Tout d'abord il paraît bien étranger aux obligations ayant pour objet une abstention, ou un fait autre qu'une translation de propriété ou une remise de possession ; mais, pour ces dernières mêmes, un doute tient à la détermination du sens du mot « *petimus* ». L'expression « réclamons », employée par M. Pellat, paraît les comprendre. M. Accarias le consi-

(1) La version d'Heffter, publiée en 1827, ne diffère que sur un point de détail ; il écrit *vestem*, *mutatum* (p. xxiii). — Pellat, Institutes de Gaius, p. 367.

dère, au contraire, comme visant uniquement les actions réelles. Quant aux obligations, même de *dare*, elles ne peuvent donner lieu qu'à une condamnation pécuniaire. Cela résulte, dit-il, de la formule de la *manus injectio*. En effet, c'est une somme d'argent qui, dans cette formule, figure comme objet unique de la condamnation : « *Quod tu mihi judicatus sive damnatus es sestertium X millia...* » Cette observation conduit le savant auteur à limiter aux actions réelles, la décision qu'on croyait trouver dans le § 48 (1).

Un jurisconsulte italien, M. Brini, a publié en 1878 un travail qui a apporté sur notre question un jour tout nouveau (2). Sa conclusion, à laquelle je me rallie, est que, sous l'empire des *legis actiones*, les condamnations ne pouvaient être que pécuniaires, aussi bien en matière de droits réels qu'en matière d'obligations. Exposons brièvement les principaux arguments de cette thèse :

(1) Accar., n^{os} 742 *in f.* et 762. — Ortolan (n^o 1905) ne touche pas la question. Il dit que le juge prononce une sentence qui met fin à sa mission, mais il n'examine pas quel en pourrait être l'objet. — Demangeat (II, p. 678) paraît admettre que, sous les *legis actiones*, les condamnations peuvent avoir lieu en nature, mais sans formuler nettement une décision à cet égard.

(2) L'étude de M. Brini est analysée dans la thèse de M. Montagnon, Lyon 1883, et un compte rendu en a été donné par M. Thaller dans la *Nouv. Rev. histor.*, année 1884, p. 459. Voy. aussi la thèse de M. Jalenques, Paris, 1886.

1° La règle de la condamnation en nature vaut mieux, quand elle est possible, que celle de la condamnation en argent. Elle est plus simple, et procure une sanction plus efficace et plus exacte du droit. Si elle avait été en vigueur à l'époque des *legis actiones*, on n'y aurait certainement pas substitué la seconde. On ne conçoit pas que la législation romaine, œuvre de progrès lent mais non interrompu, ait rétrogradé sur un point aussi important que celui des condamnations civiles. Le régime formulaire est l'œuvre du préteur; il est impossible que ce magistrat, sans cesse occupé à améliorer le droit pur, à tempérer sa rigueur et ses inconvénients par des institutions parallèles, véritable organe du progrès, soit revenu sur un principe rationnel et équitable, pour y substituer un autre arbitraire et insuffisant. Cette réforme se conçoit d'autant moins que nous voyons précisément le préteur imaginer la *clausula arbitraria*, afin de tempérer la règle des condamnations pécuniaires (1). Je conclus que si, dans le procès formulaire, la condamnation est pécuniaire, c'est qu'elle l'était déjà dans l'ancienne procédure des *legis actiones*. Le préteur a dû accepter cette règle antique imposée par l'*ipsum jus*, qu'il n'avait pas qualité pour modifier et se borner à y apporter le correctif de l'*arbitrium*. — Bien que cette observation ne soit pas un argument de texte, la logique et le bon sens lui donneront certaine-

(1) *Nouv. Rev. histor.*, 1884, p. 461.

ment une force décisive, si l'on ne trouve pas une décision formelle venant proclamer le caractère pécuniaire des condamnations sous les *legis actiones*.

2° Cette décision formelle, on a cru la trouver, avons-nous dit, dans le § 48 du quatrième commentaire de Gaius; mais l'argument s'évanouit lorsqu'on lit le texte de la façon suivante : « Judex non ipsam rem con-
« demnat eum, cum quo actum est; (sed), sicut olim
« fieri solebat, æstimata re, pecuniam eum condem-
« nat. » L'incise par laquelle Gaius vise le droit d'autrefois, se rapporte ainsi, non pas à la première partie de la phrase, c'est-à-dire à la condamnation en nature, mais à la fin, qui parle de la condamnation pécuniaire. Cette version est en elle-même tout aussi acceptable que celle du *manuale*. Elle n'en diffère que sur deux points : la ponctuation et la place du mot *sed*. Mais, d'une part, le manuscrit découvert à Vérone par Niebuhr en 1816, ne porte aucune ponctuation, ce qui laisse le champ libre à l'interprète; de l'autre, le mot *sed* ne s'y trouve pas. On est conduit à l'ajouter au texte, car Gaius a dû l'employer pour marquer l'opposition entre un système de condamnation très simple, se présentant tout d'abord à l'esprit, qui la fait porter *in ipsam rem*, et un autre plus compliqué, mais le seul en vigueur, cependant, qui ne lui donne pour objet qu'une somme d'argent. On remarque de plus que dans le manuscrit, aucun intervalle ne permet d'insérer la conjonction entre *solebat* et *æstimata*, mais qu'au con-

traire, rien n'empêche de l'intercaler entre *est* et *sicut*. Enfin le rappel du passé *sicut olim fieri solebat* se conçoit très bien dans la version nouvelle : 1° il n'y avait pas toujours lieu à condamnation dans les anciens procès, car dans bien des cas, la fonction du juge se bornait à statuer sur l'existence du droit, son évaluation pécuniaire ayant été faite d'avance par le magistrat. Tout était terminé quand le juge avait déclaré que le demandeur avait droit, que son *sacramentum* était *justum*, et il n'y avait plus qu'à passer aux voies d'exécution forcée. Dans d'autres cas tout était incertain, la valeur du droit comme son existence. Le juge avait alors des pouvoirs plus étendus ; il faisait lui-même l'estimation en argent, et il condamnait à cette somme. Gaius a voulu rapprocher les condamnations de son temps de celles qui avaient lieu dans cette deuxième hypothèse (*Nouv. rev. hist.*, 1884, p. 463, *in. f.*). 2° On peut dire aussi que Gaius a voulu expliquer, sinon justifier une règle qui au premier abord paraît bizarre, et il la fait dériver de la tradition si puissante à Rome.

Le § 48 étant ainsi reconstitué, non seulement il ne contredit plus la proposition que j'ai avancée, mais il vient au contraire l'affirmer d'une façon positive, en rétablissant l'harmonie entre les textes et les conjectures rationnelles.

3° L'exécution des condamnations sous les *legis actiones* les suppose pécuniaires. Elle avait lieu par deux procédés, la *manus injectio* et la *pignoris capio* (Gaius,

IV, § 12). Il semble que ce dernier mode, autorisant un créancier à saisir les biens de son débiteur, aurait pu se prêter à l'exécution d'une condamnation *ad ipsam rem*. Tel n'a pas été le point de vue des Romains. Les biens saisis ne l'étaient qu'à titre de gage, et cela dans des cas exceptionnels où la protection du droit paraissait liée à un intérêt public (Gaius, IV, 26-29). De plus, ce droit qu'il s'agissait de garantir, d'après les exemples de Gaius, ne supposait pas nécessairement une condamnation, et il consistait toujours en une créance ayant pour objet une somme d'argent; le paiement libérait les biens saisis et obligeait le créancier à les restituer (Gaius, IV, § 32). Au défaut de la *pignoris capio*, conçoit-on qu'une condamnation en nature ait pu être exécutée par la *manus injectio*? Les termes mêmes qui étaient prononcés solennellement dans cette *legis actio*, montrent clairement qu'elle ne sanctionnait que des condamnations pécuniaires. — Ortolan écrit, cependant (n° 1903), que l'exécution en nature pouvait avoir lieu en matière de droits réels, et que le magistrat l'ordonnait, en prêtant au besoin l'appui de la force publique. Cette opinion aboutit à ajouter une nouvelle *legis actio* d'exécution à celles que mentionne Gaius. Cette conjecture n'est guère vraisemblable. Le jurisconsulte paraît bien avoir entendu faire une énumération complète dans le § 12. Le § 31 vient confirmer cette apparence. Après avoir passé en revue chacune des cinq actions de la loi, Gaius écrit :

Sed istæ omnes actiones ; ce sont là toutes les actions de la loi. Gaius ne saurait avoir oublié une *legis actio* aussi importante que celle dont il est question, et qui aurait été la sanction énergique du droit de propriété. Je conclus que, dans le premier état de la procédure romaine, la *manus injectio* était le seul mode usuel d'exécuter les condamnations, et que ce mode est l'affirmation éclatante de leur caractère exclusivement pécuniaire.

N'y avait-il pas, dès lors, un moyen de tempérer la rigueur de cette règle, produisant en un mot les mêmes résultats que l'*arbitrium* du régime formulaire? Les mots *arbiter*, *arbitrium litis æstimandæ* se rapportent, à la vérité, au très ancien droit romain, mais je les crois absolument étrangers à notre ordre d'idées. Rien n'est plus incertain que les institutions désignées par ces expressions. Nous connaissons, par des textes épars, plusieurs cas où il y avait lieu à nomination d'arbitres. On lit, dans les fragments qui nous restent des Douze Tables (Tab. VII, *in fine*) : *Si aqua pluvia nocet*. Il s'agit d'un préjudice causé à un propriétaire à raison des eaux pluviales provenant du fonds de son voisin. Les fragm. 23, § 2 et 24, D., XXXIX, 3, parlent, en effet, d'un *arbitrium aquæ pluvix arcendæ*, et il résulte de la loi 5, D., XLIII, 8, que cet *arbitrium* était consacré par la loi des Douze Tables, vraisemblablement dans la Table VII, à laquelle se rapporte le fragment précité. Il en était de même en cas de contes-

tation de limites, *si jurgant* (Tab. VII) (1), en cas de partage de l'hérédité (L. 1, pr., D , *Famil. ercisc.*), et pour le règlement de la possession intérimaire de la chose litigieuse et de ses accessoires (Tab. XII, *in fine*). Il est évident que ce ne sont là que des exemples et qu'il y avait nomination d'arbitres dans bien d'autres cas. Deux questions se présentent : 1° L'*arbiter* était-il distinct du *judex*? 2° L'affirmative étant admise, dans quels cas y avait-il lieu à un *arbitrium*?

Beaucoup soutiennent que *judex* et *arbiter* sont des expressions synonymes. M. Accarias (2) dit qu'il n'y a pas de différences essentielles entre ces deux institutions. Le juge s'appellera *arbiter* s'il s'agit d'un contrat synallagmatique, *judex*, si on lui soumet un contrat unilatéral, d'où résulte l'obligation de payer une somme d'argent déterminée. S'il est, au contraire, question d'un droit réel, ou d'une obligation ayant pour objet, soit un *incertum*, soit une *res certa* autre que de l'argent, les expressions peuvent être employées indifféremment.

Malgré l'incertitude inévitable qui règne sur la matière, il est difficile d'admettre ce système. A l'origine des sociétés, le langage est simple ; chaque mot répond à une idée distincte ; cette précision devait être particulièrement rigoureuse dans les *legis actiones*, où les

(1) Cicér., *De legibus*. « *E duodecim tres arbitri finis regemus.* »

(2) Accar. (n° 737, 2° al.).

termes étaient solennels et où l'impropriété d'un mot emportait perte du procès (Gaius, IV, § 11). Cicéron, il est vrai, raille ceux qui, à son époque, recherchaient s'il fallait dire *judex* ou *arbiter*. Mais ces controverses mêmes prouvent qu'il avait été une époque où les deux expressions correspondaient à des situations différentes (1). D'après une conjecture qui me paraît très vraisemblable, l'institution du *judex* est antérieure à celle de l'*arbiter*. A l'origine, le *judex* n'avait qu'une mission indiquée par son nom : *jus dicebat*. On commençait par fixer *in jure* la valeur du droit en argent. L'obligation éventuelle pour le défendeur de payer cette somme était garantie, dans les actions réelles, par des *prædes litis et vindiciarum* que le défendeur fournissait au demandeur. Puis le droit était soumis au juge qui se bornait à l'affirmer ou à le nier, sans avoir à prononcer de condamnation. Enfin le demandeur qui avait triomphé, c'est-à-dire dont le *sacramentum* avait été reconnu *justum*, recourait à la *manus injectio*. Cette procédure restrictive des pouvoirs du *judex* offrait des avantages tout à fait conformes à l'esprit d'une société naissante dans laquelle les rapports sont rares et les hommes défiants. La connaissance des procès appartenait exceptionnellement à de grands corps constitués pré-

(1) Festus, *Arbiter dicitur judex quod totius rei habeat arbitrium et facultatem*.

sentant des garanties de lumière et d'indépendance. Le collège des pontifes, en matière de droit privé, ne jugeait que des affaires auxquelles un intérêt religieux se trouvait mêlé (Cicér., *Epist. ad Attic.*, IV, 2). La compétence des décemvirs ne s'appliquait qu'aux questions d'Etat, et encore n'avons-nous de certitude qu'à l'égard de celles relatives à la liberté et au droit de cité (Cicér., *Pro domo* 29 ; *Pro Cec.*, 53). Celle des centumvirs, quoique plus étendue, ne comprenait cependant que les questions de propriété immobilière, de succession et d'Etat (Cicér., *De orat.*, I, 38). En général, le procès était tranché par un *judex privatus*, c'est-à-dire par un simple particulier désigné par le magistrat pour cette affaire spéciale. Forcés de porter leurs intérêts devant cet inconnu, les Romains limitaient sa tâche, lui interdisaient toute appréciation arbitraire, et lui soumettaient uniquement une question de droit, réduite à des termes simples, consistant à vérifier si telle formalité, créatrice ou extinctive de droits, avait été remplie. Cette procédure avait des inconvénients qui devaient amener une réforme. On évaluait éventuellement, parfois avec de grandes difficultés, une prestation que le juge allait peut-être nier. La logique voulait qu'on commençât par constater l'existence du droit avant d'en estimer l'objet.

De plus, les rapports entre les hommes se multipliant, le crédit naquit, les procès devinrent plus fréquents, les questions litigieuses plus compliquées. Les

contrats eurent dès lors souvent pour objet des choses autres que de l'argent; les plaideurs pouvaient être liés par des obligations réciproques : les évaluations étaient constantes, et la marche de l'ancienne procédure devenait impraticable. Alors apparaît la *judicis postulatio* dans laquelle les plaideurs demandaient un juge au préteur en ces termes : *Judicem arbitrumve postulo uti des*. Le juge est un *judex arbiterve*; il devient arbitre, et cela emporte pour lui, outre le pouvoir de prononcer de quel côté est le droit (*jus dicere*), celui d'estimer, de compenser et de condamner.

Tandis que, pendant un certain temps, le *judex* n'eut pas les fonctions d'*arbiter*, celui-ci put en général, dès qu'il fut créé, *judicare*. Avant d'évaluer la prétention et de condamner, il devait nécessairement s'assurer de l'existence du droit. Il n'y avait d'exception qu'au cas d'aveu; par exemple lorsque le défendeur avouait avoir causé un dommage. Le droit à indemnité était alors hors de doute; aussi, n'y avait-il pas lieu à un *judicium*, mais bien à un *arbitrium*. Telle est la signification de ces adages que nous lisons au Digeste : *Confessus pro judicato est* (1 et 7, XLII, 2) et *nullæ partes judicandi in confitentes* (25, *in fine*, IX, 2).

L'institution de l'*arbiter* étant un progrès, les Romains, selon leur usage, l'étendirent en dehors de la procédure *per judicis postulationem*, avec laquelle elle avait apparu, et qui avait été à l'origine son cercle exclusif d'application. Sans doute le préteur, comme à

l'origine, adjugeait la possession provisoire (Gaius, IV, § 16), et il ordonnait au possesseur, constitué ainsi défendeur, de fournir des *prædes litis et vindiciarum*; mais il n'évaluait plus les restitutions que ces *prædes* avaient pour objet de garantir. Cette tâche appartenait désormais au juge de l'action réelle devenu *arbiter*; lorsqu'il a statué sur le droit et décidé que le *sacramentum* du demandeur est *justum*, il liquide l'intérêt en litige, estime la chose, fixe les restitutions dues à raison des fruits ou des dégradations, et fait du tout l'objet d'une condamnation pécuniaire dont les *prædes* répondront. Cette fonction nouvelle du *judex* est, à mon avis, ce qu'on appelle l'*arbitrium litis æstimandæ*, expression que nous trouvons dans les *notæ* de Valerius Probus. Le dernier des fragments qui nous restent des Douze Tables paraît bien se référer aussi à la même situation. Il suppose que celui des plaideurs, auquel la possession a été déférée provisoirement, l'a reçue à tort, car il a été jugé ensuite qu'il était sans droit. Trois arbitres nommés par le préteur trancheront le débat et condamneront à payer le double de la valeur des fruits; le passage qui manque se rapportait vraisemblablement à l'estimation de la chose elle-même; quelques-uns voient même cette indication dans le texte, en lisant *sive litis*, et en regardant *lis* comme synonyme de *res* (1).

(1) Montagnon, p. 19.

Est-ce à dire qu'il n'y avait aucun moyen, sous les *legis actiones*, de procurer à un propriétaire sa propre chose ? Il y en avait un, je crois, dans l'attribution des *vindicæ*. Aucune règle n'était à cet égard imposée au magistrat qui pouvait la prononcer, même au profit de celui qui n'en avait pas eu jusque-là la possession (1). Rappelons-nous, en effet, les paroles prononcées par le prêteur dans le combat simulé où les parties feignaient de s'arracher l'objet : *Mittite ambo hominem* ; laissez l'esclave ou la chose dont vous vous disputez la propriété (Gaius, IV, § 16). Ainsi les plaideurs se trouvaient placés sur le pied de la plus parfaite égalité, tous deux étrangers à la chose, et ayant à prouver leur droit de propriété. Le prêteur était donc libre de déférer la possession à qui il voulait. Il désignait celui dont la prétention lui paraissait à première vue plus vraisemblable. Dans la grande majorité des cas, cette vraisemblance devenait, par la décision du *judex*, une vérité judiciaire, et ainsi le propriétaire avait pleine satisfaction. La condamnation à un simple équivalent pécuniaire ne se rencontrait donc que dans les cas rares où le magistrat s'était trompé, dans le rapide examen fait *in jure*.

Il est bien évident d'ailleurs que cette attribution de

(1) Accar., n° 742-6°. Zimmern, *Actions* (traduction), p. 409. Il n'y avait exception que pour la revendication de la liberté ; ici la possession provisoire devait toujours être accordée à celui dont la liberté était en question (2, § 24, D., I, 2).

la possession, tout en offrant avec l'*arbitrium* précédemment défini une certaine analogie quant au résultat, n'en est pas la source. L'*arbitrium* est un pouvoir conféré au juge; il s'exerce à la fin de l'instance, et tend à procurer, non un règlement provisoire de la possession, mais une exécution définitive. Cette origine n'est pas non plus dans les fonctions originales de l'*arbiter* ancien, consistant à évaluer un *incertum* et à prononcer une condamnation; à l'époque formulaire, le *judex*, en cette qualité seule, et indépendamment de tout pouvoir spécial, en était investi : *Judex..... quanti ea res erit, tantam pecuniam condemna* (Gaius, IV, § 51). L'*arbitrium* lui conférait un pouvoir de plus, qui était ignoré sous les *legis actiones*, celui de prononcer un *jussum* imposant certaines satisfactions ne consistant pas en argent. Je conclus que l'*arbitrium judicis* est une institution prétorienne qui n'est pas antérieure au régime formulaire. Il nous faut maintenant en étudier, sous cette dernière procédure, les applications et le fonctionnement.

CHAPITRE II

DU FONCTIONNEMENT ET DE L'UTILITÉ DE L'ARBITRIUM SOUS LE SYSTÈME FORMULAIRE

Dans cette procédure, le magistrat, devant lequel comparaissaient ceux qui voulaient plaider, déterminait dans une formule le point du litige, le juge qui le trancherait, et les pouvoirs de ce dernier. Ils se réduisaient, en général, à celui de condamner le défendeur à une somme d'argent représentant le droit du demandeur (Gaius, IV, § 47). Dans certains cas, le juge était en outre investi de l'*arbitrium*, du pouvoir d'imposer au défendeur certaines prestations; son droit de condamnation était alors subordonné à l'inexécution de cet ordre. Voici comment la formule se trouvait rédigée, si nous nous plaçons dans l'hypothèse particulière de la revendication :

« Titius iudex esto. Si paret illum fundum A¹ A¹ ex
« jure Quiritium esse, *neque arbitrato tuo restituat* (ou
« nisi eum fundum N^{us} N^{us} *restituat*), iudex, quanti eares
« erit, tantam pecuniam N^{um} N^{um} A^o A^o condemna; si

« non paret, absolve » (Cicéron, 2^e *Ad in Verrem* II, 12).

La partie de la formule qui investit le juge de l'*arbitrium* (*nisi arbitrato tuo restituat*) est appelée *clausula arbitraria* ; et l'action est dite arbitraire. Cette *clausula* peut porter, au lieu du mot *restituat*, une autre expression, car l'ordre du juge peut avoir un objet quelconque : *nisi arbitrato tuo exhibeat, solvat*, et, d'une façon plus générale, *actori satisfaciat*.

L'utilité du caractère arbitraire d'une action, doit être appréciée au point de vue du demandeur et à celui du défendeur. Au demandeur, il permet d'obtenir l'objet même de son droit, quand cela est possible. C'est là le but principal de l'*arbitrium*, la raison qui l'a fait instituer. Bien entendu, s'il est certain dès la *litis contestatio* que cette satisfaction en nature est impossible, et qu'un équivalent pécuniaire peut seul être fourni, il n'y aura pas lieu à l'insertion de la *clausula arbitraria* ; si elle est faite, le juge n'en tiendra pas compte et procédera immédiatement à la condamnation. Ainsi, dit le jurisconsulte Paul, dans le frag. 18, § 1, *De dolo malo*, si sous l'empire d'un dol, je vous ai fait tradition de mon esclave, j'aidroit à en obtenir de vous la restitution. Mais, si cet esclave est mort, il n'y aura lieu qu'à une indemnité en argent, et l'*arbitrium* du juge n'aura pas d'application. De même, si je suis tenu de livrer un esclave et que vous en commettiez le meurtre, de deux choses l'une : ou je suis déjà en demeure

à ce moment, ou je ne le suis pas encore. Au premier cas je reste tenu, car la demeure perpétue l'obligation, mais j'agirai en indemnité contre vous par l'action de dol. Au second je serai libéré, mais le créancier qui souffrira du délit, vous poursuivra *de dolo*. Dans les deux cas, c'est une somme d'argent qui fera l'objet de votre obligation; l'action de dol perdra son caractère arbitraire et aboutira tout droit à une condamnation (18, § 5, D., *De dolo malo*). Il est bien vrai cependant que, dans ces hypothèses, l'exercice de l'*arbitrium* pourrait éviter au défendeur une condamnation entraînant l'infamie. Cette considération ne l'a pas emporté. Le but principal de cette institution est de procurer satisfaction en nature; du moment qu'il ne peut être atteint, on rejette ce moyen, sans égard pour ses autres avantages, qui ne sont considérés que comme secondaires.

La satisfaction ordonnée peut avoir un objet très variable.

A. Le défendeur doit livrer la simple possession d'une chose au demandeur qui est reconnu avoir sur elle un droit réel. Il en est ainsi dans toutes les actions réelles, alors que le défendeur n'a pas usucapé la chose *inter moras litis*. Parfois même le demandeur n'a pas cessé d'être possesseur de la chose, et il ne s'agit que de lui restituer la simple détention. C'est ce que nous voyons dans les actions de dépôt, de commodat, de gage, et dans les interdits restitutoires. Le défen-

deur a peut-être apporté sur l'immeuble, ou attaché à la chose qu'il doit restituer certains objets lui appartenant. Le juge l'autorisera à les enlever, toutes les fois que cela pourra se faire sans dégradation ni détérioration (D., 39, V, 3).

Parfois le juge donne satisfaction au demandeur en ordonnant une simple destruction matérielle. Ainsi lorsque le nu-propiétaire d'un fonds y fait des constructions, l'usufruit ne peut plus s'exercer par suite de la transformation de l'objet (*mutatio rei*). Mais, sur l'action *de dolo* intentée par l'usufruitier, le nu-propiétaire recevra l'ordre de détruire les travaux, de rétablir l'immeuble dans l'état antérieur et, de plein droit, l'usufruit reparaitra avec toute son efficacité (Accar., n° 842-2°).

B. Le défendeur doit, *jussu judicis*, opérer un acte juridique tendant à libérer le demandeur d'une obligation, ou à lui faire acquérir un droit.

J'ai fait une promesse, sous l'empire de la crainte ou trompé par un dol; le défendeur, poursuivi par l'action *quod metus causa* ou *de dolo*, devra me faire acceptilation (9, § 7, D., *Quod met. causa*). De même, l'acheteur qui obtiendra, par l'action *empti* ou par l'action *redhibitoria*, la résolution de la vente, devra être libéré de l'obligation de payer le prix.

Dans les mêmes circonstances de dol ou de violence, je vous ai transféré un droit de propriété : vous devrez me le restituer. — Dans la revendication même,

le juge pourra vous ordonner, non seulement de me restituer la possession de la chose, mais aussi de m'en transférer la propriété. Il me suffit en effet, pour gagner mon procès, d'établir que j'étais propriétaire au moment où il a été engagé, c'est-à-dire au jour de la *litis contestatio*; cependant, l'usucapion qui, en droit romain, n'est pas interrompue par la poursuite judiciaire, a pu continuer, s'achever pendant l'instance et vous faire acquérir la propriété. Vous devez alors me faire tradition ou mancipation, selon qu'il s'agit ou non d'une *res Mancipi*. Le juge pourra aussi ordonner la constitution d'un droit réel. Ainsi, nous dit Julien, dans le fragment 7, § 1, *De fundo dotali*, le juge de l'action *rei uxoriæ* ordonnera au mari non seulement de restituer le fonds dotal, mais aussi de faire revivre des servitudes qui grevaient autrefois son propre immeuble au profit de ce fonds. Elles se sont éteintes par confusion pendant le mariage par application de ces deux adages que le mari est propriétaire de la dot, et qu'on ne peut avoir de servitude sur sa propre chose; leur rétablissement aura lieu par *in jure cessio*, par mancipation ou simplement par une quasi-tradition (Acc., n° 270; v. aussi 9, § 5, *Quod met. causa*). L'acte juridique imposé au défendeur peut avoir pour objet de me rendre, non plus propriétaire ou titulaire d'un droit réel, mais créancier. Je vous ai, sous l'empire du dol ou de la violence, consenti une acceptilation; vous devez reconstituer à votre charge une obli-

gation semblable à celle éteinte. Si, à supposer qu'il n'y ait pas eu acceptilation, la créance serait aujourd'hui exigible, vous devrez consentir immédiatement à la délivrance d'une formule d'action (9, § 7, *Quod met. causa*) (1); n'y a-t-il entre nous aucune contestation sur l'existence et sur l'objet de la dette antérieurement à l'acceptilation? Le juge vous ordonnera tout simplement de payer. Même décision lorsque des créanciers attaquent, par l'action paulienne, une acceptilation consentie par leur débiteur pour un motif quelconque, par exemple à titre de constitution de dot (10, § 14 et 17, pr., *Quæ in fraud. credit.*).

D'autres fois, le juge ordonnera au défendeur, non pas de faire renaître une obligation à sa propre charge, mais de me céder une créance qu'il a sur un tiers, et dont il se trouve enrichi à mes dépens. Ainsi une action paulienne étant dirigée contre une femme à laquelle son père a constitué une dot en fraude des droits de ses créanciers, le juge ordonnera la cession de l'action *rei uxoriæ*. Il en sera de même si, pour mieux dissimuler aux créanciers le caractère frauduleux d'une donation, le donataire donne mandat à Titius de recevoir tradition pour son compte. Le juge de l'action paulienne ordonnera au donataire de céder aux créanciers du *fraudator* son action *mandati*, en vertu de laquelle ils se feront restituer par Titius la chose donnée

(1) Acc., n° 842-1°.

(14, D., 42, 8). Celui qui possède de bonne foi une hérédité ne fait pas, lorsqu'il paye un créancier héréditaire, une opération valable. Il se propose de payer sa propre dette; or il n'est pas débiteur, puisqu'il n'est pas héritier. Il est donc investi de la *condictio indebiti*. S'il est actionné par la *petitio hereditatis*, le juge l'autorisera à retenir, sur les sommes héréditaires, celle qu'il a déboursée, le mettant ainsi à l'abri de l'insolvabilité possible du créancier; mais il lui ordonnera de céder à l'héritier la *condictio indebiti*. Il est clair, d'ailleurs, que cette cession de la *condictio* aura plutôt pour objet d'en dépouiller l'ancien possesseur de l'hérédité, que d'en saisir l'héritier véritable; car si ce dernier voulait en user, il serait infailliblement repoussé par une exception de dol (Ulpien, 31, *princip.*, 5, 3). Lorsqu'un possesseur de bonne foi, défendeur à la revendication, a usucapé *inter moras litis*, et qu'il a ensuite perdu la possession sans dol ni faute, il obtiendra son absolution en cédant les actions qui lui appartiennent, en vue de ressaisir la chose, notamment la revendication (21, D., *De rei vind.*; Acc., 808, *in fine*). Une exacte satisfaction ne dépend pas toujours du défendeur seul: elle peut exiger l'intervention d'un tiers.

Le juge lui ordonnera de faire en sorte que ce concours soit fourni, ou tout au moins de procurer au demandeur un avantage équivalent. Sous l'empire de la violence, je fais une acceptilation, soit avec mon débiteur, soit avec un fidéjusseur. La dette tombe, emportant

avec elle les sûretés qui m'avaient été données. L'auteur de la violence devra non seulement se replacer lui-même dans les liens de l'obligation, mais, de plus, faire en sorte qu'elle revive dans son état primitif, en fournissant au créancier les mêmes sûretés, ou au moins d'autres garanties aussi bonnes (10, § 1 ; 9, § 8 et 11, D., *Quod met. causa*).

Le procédé que je trouve le plus souvent employé par le juge, pour donner une exacte satisfaction au droit, consiste à imposer au défendeur une promesse, une *cautio*. Rien n'était plus élastique que ce mode de s'obliger ; si l'ordre du juge était exécuté, le défendeur pouvait se trouver tenu *ex stipulatu* de toutes les prestations qui font aujourd'hui la matière des condamnations. Ces *cautiones*, qui ont lieu par les soins du juge, au cours de l'instance, sont appelées *judiciales* par les Institutes (§ 1, *De divis. stipul.*). Elles interviennent dans des circonstances diverses :

1° Le juge se voit obligé d'absoudre le défendeur qui exécute à la lettre toutes ses prescriptions. Mais il craint de n'avoir pas eu à sa connaissance tous les éléments nécessaires pour ordonner une satisfaction complète : les événements démontreront peut-être que les prestations opérées *in judicio* sont illusoires, que d'autres ont été omises. Cependant l'absolution sera définitive et mettra le défendeur à l'abri de toute poursuite. Il importe donc, avant de la prononcer, de donner au demandeur un moyen d'intenter par la suite une nou-

velle action, pour revenir sur ce qui a été fait, et obtenir pleine justice. Tel est l'objet de la *cautio de dolo et culpa* (Instit., § 1, *De divis. stipul.*).

Le demandeur vient-il à s'apercevoir que le défendeur, après avoir usucapé la chose revendiquée pendant l'instance, l'a grevée de droits réels, hypothèques ou servitudes, ou l'a soustraite au commerce? il aura l'action *ex stipulatu* pour se faire indemniser (18, D., *Dereivind.*). — Quant à la portée de cette *cautio*, on distinguait entre le défendeur qui connaissait la légitimité de la demande et celui qui croyait à la justice de sa cause. Le premier répondait de son dol et de sa faute, même pour le temps antérieur à la *litis contestatio*; le second, seulement à partir de cette époque. Un texte d'Ulpien suppose cependant qu'un possesseur de bonne foi peut être tenu à raison d'un dol antérieur au procès (45, D., *De rei vind.*). L'existence d'un tel dol paraît bien étrange. Aussi explique-t-on avec raison la décision d'Ulpien en la rapportant au cas où le possesseur, primitivement de bonne foi, aurait appris par la suite, et avant le procès, que la chose ne lui appartenait pas. A partir de cette découverte il est responsable, non de sa simple faute, comme un *prædo*, mais de son dol.

Il s'agit de donner au demandeur un moyen d'obtenir réparation d'un dommage futur et indéterminé. Je fais addition, sous l'empire de la violence ou du dol, d'une hérédité très onéreuse, où le passif excède de beaucoup l'actif. Je resterai héritier, car cette qualité

ne peut être effacée. Mais l'auteur de la violence ou du dol me promettra, *arbitrio judicis*, de m'indemniser toutes les fois que j'éprouverai un préjudice résultant de l'adition, notamment à raison de la poursuite des créanciers héréditaires. A l'inverse, si, sous les mêmes influences, j'ai répudié une hérédité avantageuse, vous devrez promettre de me procurer tout le gain que j'ai manqué. Il se peut que vous ayez été appelé à cette hérédité à mon défaut, et que vos manœuvres en vue de m'y faire renoncer aient simplement tendu à vous permettre de l'accepter vous-même. Après m'avoir restitué tout ce qui est en votre possession *ex causa hereditaria*, vous promettrez de me céder vos actions ; de mon côté je m'engagerai à vous indemniser des poursuites qu'en votre qualité d'héritier vous aurez à subir de la part des créanciers du défunt (L. 7, C., *De dolo malo*). La promesse aura parfois pour objet une simple production de preuves. Possédant de mauvaise foi une hérédité à laquelle j'avais droit, vous avez payé une dette du défunt. Ce paiement portant sur la dette d'autrui est valable et éteint l'obligation. Le juge de la *petitio hereditatis* vous autorisera à retenir sur les valeurs héréditaires de quoi vous rembourser ; mais vous devrez promettre de venir me défendre, si le créancier m'attaque, en lui opposant la preuve du paiement.

La promesse peut avoir simplement pour objet une abstention. Ainsi le défendeur à l'action *negatoria*, intentée par un propriétaire, qui réussit à démontrer que

son fonds est libre de toute servitude, devra promettre qu'il ne fera aucun acte portant atteinte au droit de propriété. A l'inverse, le propriétaire d'un fonds reconnu, par suite de l'action *confessoria*, grevé d'une servitude, promettra au demandeur de respecter son droit (5, § 6, D., 7, 6; 7, D., 8, 5).

Il sera souvent matériellement impossible d'exécuter immédiatement les prestations imposées. Le juge fera promettre au défendeur de les accomplir dans un certain délai.

Les actions *confessoria* et *negatoria* en matière de servitudes nous offrent des exemples de cette situation. J'intente contre vous l'action *confessoria*, pour faire valoir, soit une servitude positive, consistant à faire sur votre fonds certains actes de propriétaire (*in faciendo*), soit une servitude négative, tendant à vous empêcher d'en disposer à votre gré (*in prohibendo*). Je prétends, dans le premier cas, que vous avez détruit certains travaux que j'avais établis, et qui sont nécessaires à l'exercice de mon droit; dans le second, que vous avez confectionné des ouvrages, apporté des modifications à votre immeuble, qui violent mon droit (15, D., *De servit. præd. urban.*). Le juge vous fera promettre de remettre les choses dans l'état antérieur. A l'inverse, si j'exerce à tort des servitudes sur votre fonds, et que, pour faciliter cet exercice, j'aie fait pratiquer des ouvrages tels qu'un chemin, un aqueduc, vous pourrez, intentant contre moi l'action *negatoria*, soutenir que

vosre fonds est libre, et, si le juge en est convaincu, je devrai m'engager à détruire les travaux indûment établis.

Il est sans doute important pour le demandeur d'obtenir l'objet même de son droit, au lieu d'une simple indemnité pécuniaire ; mais ce n'est pas là ce qui le touche le plus, et, pourvu qu'il reçoive intégralement la valeur de la chose due, il se tiendra pour satisfait. Peu m'importe de ne pas rentrer en possession de ma maison, pourvu que j'en reçoive intégralement le prix. Le point principal est donc de maintenir à celui qui a un droit réel son droit de préférence et de lui permettre d'échapper au concours avec les simples créanciers, qui le réduirait à un simple dividende. Quelle sera, à cet égard, l'influence de l'*arbitrium*?

Je suppose en premier lieu l'exercice d'une action réelle, par exemple d'une revendication. La *litis contestatio* transforme, nous le savons, le droit de propriété en une créance ayant pour objet d'obtenir, si le droit est fondé, une condamnation pécuniaire (Gaius, III, § 180 ; IV, § 48 ; Acc., n° 768). Est-ce que cette règle avait pour effet, en supposant le défendeur insolvable, de soumettre un propriétaire à la loi du concours ? M. Accarias pense que tel était l'effet de la *litis contestatio*, tout en critiquant la législation romaine dans cette solution. Il s'exprime ainsi (n° 762-3°) : « Ce principe (à savoir que les condamnations judiciaires ont pour objet invariable de l'argent) a deux inconvénients fort

graves : c'est d'abord, les demandes d'argent mises à part, que le demandeur n'obtient jamais la chose même à laquelle il a droit ; c'est, en second lieu, que dans les actions réelles la conversion de *son droit en une simple créance le soumet à la loi du concours avec les autres créanciers, par conséquent l'expose à souffrir de l'insolvabilité du défendeur.* » Le bon sens proteste contre l'application littérale de cette décision. Il devait y avoir des moyens de soustraire le propriétaire, devenu simple créancier, à la loi de la répartition. L'*arbitrium* du juge le protégea suffisamment, à partir de l'époque où il devint exécutoire *manu militari*. Mais cette époque, nous le verrons, n'est pas antérieure au temps d'Ulpien. Jusque-là, si l'on suppose la résistance obstinée du défendeur à l'ordre du juge, le secours résultant de l'*arbitrium* s'évanouit. Au premier abord, c'est bien cette résistance qui paraît devoir se produire dans l'hypothèse de l'insolvabilité du possesseur. Les créanciers ont été envoyés par le magistrat en possession des biens du débiteur insolvable (L. 4, *De jurisd.*) ; cet acte a eu pour effet de le dessaisir de l'administration de son patrimoine. Elle a passé aux créanciers, qui l'exercent par l'intermédiaire d'un curateur (14 *princ.*, *De reb. auct. judic.*), etc'est contre ce dernier que la revendication est exercée. Il est clair que les créanciers ou leur mandataire auront tout intérêt et n'hésiteront pas à désobéir au juge, lorsque le bien revendiqué ayant une grande valeur, ils gagneront plus à concourir avec

le propriétaire sur son prix, qu'ils ne perdront à le laisser participer au prix des autres biens. Deux mesures de protection existent alors pour le propriétaire : 1° Une condamnation très forte, tellement exagérée que, réduite à un simple dividende, elle absorbera dans l'actif une valeur égale à celle de la chose. Ce moyen est peu pratique, car il suppose une connaissance très exacte chez le juge de l'état actif et passif du patrimoine du défendeur. 2° La *cautio judicatum solvi*, fournie devant le magistrat lors de l'organisation du procès, et accompagnée de *satisdatio*; en d'autres termes, il y a promesse faite *in jure* et garantie par des fidéjusseurs, de payer le montant de la condamnation (Gaius, IV, § 89). Alors, de deux choses l'une : ou cette *cautio* est fournie, ou elle ne l'est pas. Dans le premier cas, le demandeur a pleine sûreté. Si la chose elle-même ne lui est pas volontairement remise, il y aura condamnation, et il en obtiendra exactement le montant en s'adressant aux fidéjusseurs. Dans le second, le magistrat, en vertu de son *imperium*, fera transporter la possession au demandeur, en employant la force au besoin. Celui-ci devra, bien entendu, fournir la même *cautio* (Paul, *Sentences*, I, XI, § 1; *frag. Vatic.*, § 92), mais il ne sera pas embarrassé, si son droit est certain, de trouver des fidéjusseurs pour la *satisdatio*. De cette façon, l'ancien demandeur deviendra défendeur; en repoussant la prétention de son adversaire, il restera définitivement en possession et ob-

tiendra ainsi satisfaction entière, malgré l'insolvabilité de ce dernier. Concluons : lorsque l'exécution forcée du *jussum* fut admise, elle fut un moyen de sanctionner énergiquement le droit de préférence attaché aux droits réels. Jusque-là, ceux qui se trouvaient investis de pareils droits, échappaient à la loi du concours au marc le franc grâce à la *cautio judicatum solvi*, ou ils en évitaient tout au moins les inconvénients par suite d'une condamnation exagérée ; cette dernière considération devait pratiquement décider la masse des créanciers du défendeur insolvable à exécuter le *jussum* du juge sans aucune difficulté.

L'*arbitrium* a lieu dans certaines actions personnelles (Inst., § 31, *De action.*, et L. 10, § 20 et 22, D., *Quæ in fraud. cred.*). Lorsque le défendeur était solvable, il n'est pas douteux qu'il pouvait et même qu'il devait obéir à l'ordre du juge, et quand la sanction de cet ordre par la force armée eut été admise, elle s'appliqua à toutes les actions arbitraires, même simplement personnelles (68, P., *De rei vind.*). Mais que décider au cas d'insolvabilité ? L'action se trouvera alors intentée non contre le débiteur, mais contre la masse de ses créanciers, pratiquement contre un curateur chargé de leurs intérêts communs. Je pense qu'il n'y aura pas lieu à l'*arbitrium*, et que le juge prononcera directement la condamnation. A la vérité, cette distinction n'est pas expressément consacrée par les textes ; aucun ne nous dit que le caractère arbitraire d'une ac-

tion personnelle cessera par l'insolvabilité du débiteur (V, § 31, *De action.*, Instit., et la loi 68, D., *De rei vind.*, précitée), mais ce silence peut s'expliquer, soit par la rareté de ces textes, soit parce qu'ils ont eu en vue le cas le plus habituel, celui de la solvabilité du défendeur. La distinction dont je parle est imposée par ce principe fondamental du droit que les créanciers ont pour gage commun le patrimoine de leur débiteur, et se le partagent à proportion de leurs droits respectifs. L'*arbitrium*, simple moyen de procédure imaginé pour procurer au demandeur la chose due, au lieu d'un simple équivalent pécuniaire, ne peut avoir eu pour effet de renverser ce principe d'équité. Si on l'appliquait dans notre hypothèse, le créancier y trouverait un moyen, non pas seulement d'obtenir l'objet même de l'obligation, au lieu de sa valeur en argent, mais aussi, ce qui est bien autrement important, d'échapper à la réduction proportionnelle de son droit. Je n'hésite donc pas à décider qu'ici le juge n'en était pas investi, ou du moins qu'il n'en usait pas. Je trouve une confirmation de cette solution dans l'existence, à côté de l'*actio* paulienne toujours personnelle (Paul, 38, pr., *De usuris*), d'une *actio in rem* rescisoire donnée également aux créanciers pour faire rentrer dans le patrimoine de leur débiteur des biens qui en sont sortis en fraude de leurs droits (Instit., *De action.*, § 6). Ceux qui admettent, même dans le cas d'insolvabilité du défendeur, le fonctionnement de l'*arbitrium* dans l'action

paulienne personnelle, ne peuvent trouver aucune utilité à cette action *in rem* (Accarias, n° 949). Elle présentera au contraire, dans mon opinion, un intérêt considérable. Avec l'action paulienne proprement dite, les créanciers du *fraudator* n'obtiendront qu'une condamnation pécuniaire, et alors deux masses de créanciers se trouveront en présence et en concours : 1° les créanciers personnels du défendeur ; 2° les créanciers du *fraudator* pour l'enrichissement provenant de l'acte frauduleux. Par l'action *in rem* au contraire, ils auront à leur service, outre les avantages de la *cautio judicatum solvi*, ceux qui résultent de l'*arbitrium*. Si le curateur exécute volontairement l'ordre du juge, les créanciers du *fraudator* auront satisfaction complète. Sinon ils obtiendront une condamnation très forte, fixée par eux-mêmes sous la foi du serment, et telle que, réduite à un simple dividende, elle soit encore égale à leur intérêt. Lorsque le *jussum* fut devenu susceptible d'exécution forcée, ce détour fut inutile, et ils obtinrent directement la restitution de l'objet frauduleusement aliéné.

L'exécution en nature, qui est le principal effet de l'*arbitrium*, n'est pas moins avantageuse au défendeur qu'au demandeur. Lorsqu'il verra établi le droit de son adversaire à la chose réclamée, il lui sera moins onéreux de la livrer conformément à l'ordre du juge, que d'attendre une condamnation à une somme d'argent qu'il sera bien embarrassé de se procurer. Les pro-

messes que le juge lui ordonne de faire pour être absous présentent pour lui le même intérêt. Il en est même deux qui lui sont particulièrement favorables : 1° la promesse de fournir la prestation due dans un certain délai. La restitution immédiate peut être gênante pour le défendeur et apporter un trouble grave dans ses affaires ; une condamnation pécuniaire le serait encore davantage. La *cautio* dont nous parlons permettra de venir à son secours, sans présenter d'inconvénients graves pour le demandeur ; elle aboutit à un bénéfice analogue à celui que nous appelons « le délai de grâce » (Institut., § 2 et 3, *De offic. judic.*). 2° La *cautio de re persequenda restituendove pretio* (Institut., *De divis stipul.*, § 1). Il faut supposer qu'un défendeur de bonne foi doive la restitution d'un objet quelconque (Acc., n° 808, *in fine*). Au cours de l'instance il l'usucap, puis en perd la possession sans qu'aucune faute lui soit à reprocher. Dans la rigueur des principes, il devrait être condamné, car après la *litis contestatio*, tous les défendeurs sont réputés de mauvaise foi (45, D., *De rei vindic.*) ou tout au moins ils sont de plein droit constitués en demeure et par suite responsables des cas fortuits. Mais le juge, en vertu de son *arbitrium*, lui ouvre deux moyens d'obtenir son absolution (21, D., *De rei vind.*) : 1° en cédant ses actions au demandeur ; 2° en faisant la promesse dont nous parlons. Il s'engage ainsi à exercer ses actions et à restituer au demandeur ce qu'il

aura obtenu ou, s'il ne fait pas à cet égard toutes les diligences nécessaires, à lui payer le prix de la chose réclamée. Si notre défendeur n'a pas usucapé, il promet simplement, pour être absous, de rendre la chose, s'il lui arrive de la recouvrer.

Dans l'action *de eo quod certo loco*, si le défendeur était obligé de fournir au demandeur, dans l'endroit de la poursuite, la prestation promise au lieu fixé dans le contrat, il en pourrait résulter pour le premier un grave préjudice, et pour le second un enrichissement injuste. Grâce à l'*arbitrium*, le juge lui ordonnera de payer une somme représentant l'intérêt qu'aurait le demandeur à recevoir l'objet dû dans le *certus locus*, ou plus simplement encore de promettre sous la garantie de fidéjusseurs, d'exécuter le contrat tel qu'il a été formé (2, § 8 et 4, § 1, D., *De eo certo loco*).

Le *jussum* peut n'être pas simple, et placer le défendeur dans une alternative dont il choisira le côté le plus avantageux. C'est ce que je remarque dans l'action hypothécaire ou quasi-servienne. Le juge ordonne au défendeur ou de délaisser l'objet, ou de payer. Délaisse-t-il? il devra abandonner les accessoires de la chose, comme la chose elle-même. Préfère-t-il payer? il fournira le principal et les intérêts, et j'entends par là ceux qui sont dus, même en vertu d'un simple pacte, *sive autem in stipulatum sint deductæ, sive non* (11, § 3, *De pign. act.*, 13, 7).

L'*arbitrium* permettra encore au défendeur d'échap-

per aux condamnations rigoureuses qui s'appliquent à certaines actions, notamment celles de dol et *quod metus causa*.

Dans la première, la condamnation emporte infamie (L. 1, *De his qui notantur*). Cette peine, analogue à notre dégradation civique, entraînait plusieurs déchéances. L'infâme perdait ses droits d'électorat (*jus suffragii*), d'éligibilité soit aux magistratures romaines (*jus honorum*), soit même aux dignités municipales; à l'égard de l'administration de la justice, il était incapable d'être institué juge, ou de se porter accusateur dans une action publique, lorsque l'affaire n'intéressait ni lui-même ni ses proches; le mandat *ad litem* lui était interdit, qu'il s'agit de le donner ou de le recevoir. De plus ces incapacités avaient un caractère perpétuel; on ne pouvait en être relevé que par une *restitutio in integrum* fort difficile à obtenir, car le sénat et le prince avaient seuls qualité pour la prononcer. Ces rigueurs ont paru si fortes que, malgré le peu d'intérêt inspiré par le défendeur, on lui a ouvert une porte pour les éviter; il lui suffit d'obéir à l'ordre du juge. La condamnation n'est ainsi prononcée que si, par suite de sa résistance obstinée, elle constitue l'unique moyen de donner satisfaction au demandeur.

Dans l'action *quod metus causa* la condamnation à la vérité n'est pas infamante, mais elle alie au quadruple (L. 14, D., § 1 et 14, *Quod met. causa*). L'*arbitrium* est ici d'autant plus utile, que cette action peut être

donnée contre un tiers étranger à la violence (L. 14, D., § 3 et § 5); une pareille condamnation serait pour ce dernier absolument injustifiable, s'il n'était pas en son pouvoir de l'éviter.

Il faut bien se garder de confondre l'application de l'*arbitrium* avec le fonctionnement de la règle : *Omnia judicia sunt absolutoria* (Inst., § 2, liv. IV, tit. XII; Gaius, C., IV, § 114) (1).

Cette règle apportait une exception au principe en vertu duquel le juge devait condamner, dès que l'*intentio* était reconnue fondée; il en résultait qu'au cas de satisfaction fournie pendant l'instance, l'absolution devait être prononcée. Lorsqu'elle eût été admise dans toutes les actions, la *clausula arbitraria* ne devint pas pour cela inutile. La règle *omnia judicia...* permettait sans doute, au défendeur, d'obtenir son absolution, comme au cas d'exécution du *jussum*, par une satisfaction donnée au demandeur; mais elle intervenait dans une hypothèse différente. Tout d'abord il ne faut pas y voir l'effet d'une transaction en vue de terminer le procès. Si l'accord s'établissait, tout était terminé, il n'y avait pas plus lieu à absolution qu'à condamnation; il n'existait plus de plaideurs, partant plus de procès. Notre règle suppose donc qu'une satisfaction est offerte spontanément par le défendeur au demandeur, qui ne l'accepte pas.

(1) Accar., 866, note 1, et 771.

Dès lors deux cas pouvaient se présenter : 1° le défendeur, même après avoir vu le demandeur prouver son droit, refusait, par une obstination injuste, de lui donner spontanément satisfaction ; alors le juge intervenait et lui ordonnait de la fournir. Ce *jussum*, à raison de ses conséquences rigoureuses, devait généralement vaincre la résistance du défendeur. Ce dernier pouvait aussi, très sagement, préférer attendre le *jussum judicis*. Pour assurer son absolution en vertu de la règle *omnia judicia...*, il devait fournir une satisfaction absolument adéquate à la demande. Or, lorsqu'il ne s'agissait pas d'une *actio certa*, il pouvait manquer des éléments nécessaires pour fixer exactement les restitutions dues. Au contraire, le juge exerçant l'*arbitrium* possédait tous ces renseignements et réglait la satisfaction *ex bono et æquo* (Instit., § 31, *De action.*).

2° Le défendeur offre satisfaction. Si le juge la trouve suffisante, il absout, et l'*arbitrium* dont il est investi n'a plus alors aucune utilité. Au cas contraire, le défendeur serait infailliblement condamné, sans le caractère arbitraire de l'action ; mais, grâce à l'*arbitrium*, le juge modifiera, complètera les restitutions offertes et permettra ainsi au défendeur d'échapper à la condamnation, en exécutant les prestations qu'il lui ordonnera.

CHAPITRE III

DES CAS DANS LESQUELS LE JUGE EST INVESTI DE
L'ARBITRIUM, OU, EN D'AUTRES TERMES, QUELLES
ACTIONS SONT ARBITRAIRES.

Le texte capital de cette matière est le § 31, au titre *De actionibus* des Institutes de Justinien. Je le paraphrase ainsi :

Il y a des actions que nous appelons arbitraires, parce que le juge y est investi d'un pouvoir particulier, l'*arbitrium* (*il est ex arbitrio judicis pendentes*). Ce qui les caractérise, c'est que la condamnation du défendeur est subordonnée à une condition, une sorte d'exception.

Cette condition consiste dans l'inexécution de la satisfaction imposée par le juge au défendeur en vertu de son *arbitrium*. Celle-ci varie selon l'objet de la demande et peut être une restitution, une exhibition, un paiement, l'abandon noxal d'un esclave.

Les actions arbitraires peuvent être réelles ou personnelles.

1° Réelles : telles sont les actions publicienne, servienne et quasi-servienne.

2° Personnelles : telles sont les actions *metus causa*, *dolo malo*, *quod certo loco*, *ad exhibendum*.

[Dans ces actions et autres semblables, où la condamnation est subordonnée à la condition, *nisi is cum quo agitur actori satisfaciat*, le juge a le droit de fixer, selon l'équité et en tenant compte de l'objet de la demande, la satisfaction à fournir par le défendeur au demandeur.

Ce texte est bien loin de résoudre nettement la question qui forme la rubrique de ce chapitre.

Une action arbitraire, dit-il, est celle dans laquelle la condamnation est subordonnée à l'inexécution de la satisfaction ordonnée par le juge. Mais quand y a-t-il lieu à cet ordre? Le § 31 ne donne aucune énumération limitative; il ne fournit non plus aucun critérium du caractère arbitraire de certaines actions. Il ne présente que des exemples, nous montrant que ce pouvoir du juge se rencontrait aussi bien dans les actions personnelles que dans les actions réelles. J'en conclus qu'il n'y avait pas une liste déterminée, fermée, d'actions arbitraires; il existait simplement une *clausula arbitraria*, qui pouvait être insérée dans une formule quelconque par le magistrat. Dans certaines actions, l'utilité de l'*arbitrium* reparaissait toujours; ainsi, dans les actions réelles, il permettait au demandeur d'obtenir la chose même qui faisait l'objet de son droit; il évitait

au défendeur, dans l'action de dol, l'infamie; dans l'action *quod metus causa*, une condamnation au quadruple. La *clausula arbitraria* était alors de style, et les textes la supposent constamment. C'est naturellement parmi elles que Justinien a pris ses exemples (*sic*, Ambelouis, Thèse, p. 54). Les autres actions, au contraire, affectent ou non le caractère arbitraire, selon que les parties ont ou non intérêt à faire conférer au juge l'*arbitrium*. Ainsi, une *condictio certæ pecuniæ* recevait dans sa formule notre *clausula*, lorsqu'elle était intentée dans un lieu autre que celui fixé pour le paiement (L. 7, Dig., XIII, 4). Le juge pourra ordonner, de cette façon, le paiement d'une somme supérieure à celle qui avait été stipulée et représentant tous les frais que le créancier devra faire pour obtenir celle-ci dans le *certus locus* où il en a besoin.

Les exemples donnés par Justinien d'actions qui sont toujours arbitraires, donnent lieu à des critiques. Tout d'abord il était bien inutile d'en présenter en ce qui concerne les actions réelles, car elles sont toutes et dans tous les cas arbitraires (68, D., *De rei vindic.*; 57, D., *De hered. petit.*; 7, D., *Si servitus vind.*), à la seule exception de la *querela inofficiosi testamenti*, qui, devant nécessairement être intentée devant les centumvirs, échappait au système formulaire (Pline le Jeune, *Epist.*, V, 4); si cependant il voulait le faire, il aurait dû placer en première ligne la revendication. Comment expliquer cette omission ?

Plusieurs explications ont été tirées de cette conjecture que Justinien a dû transcrire un passage de quelque ancien jurisconsulte : 1° Ce jurisconsulte parlait seulement, dans son énumération des actions arbitraires, de celles qui avaient nécessairement une *formula arbitraria*. Or notre action n'était arbitraire que si elle était intentée *per formulam petitoriam*. Elle perdait ce caractère, si le demandeur employait la procédure de la *sponsio* ou du *sacramentum*. Elle n'était donc pas essentiellement arbitraire, et c'est pourquoi elle a été omise par le jurisconsulte qu'a copié Justinien. Cette supposition est peu vraisemblable ; un jurisconsulte ne pouvait énoncer des actions réelles arbitraires, sans parler de la revendication, sauf à faire la remarque que l'*arbitrium* était subordonné à l'exercice *per formulam* de cette action. Je préférerai donc la raison suivante : 2° Le jurisconsulte parlait de la revendication, mais en la désignant par l'expression de *formula petitoria*, expression démodée, tombée en désuétude à l'époque de Justinien. Ce prince la supprima, sans songer à la remplacer par une autre équivalente.

Je repousse une autre explication assez spécieuse à la vérité, et qui tendrait à rendre compte de l'omission, non seulement de la revendication, mais aussi de la pétition d'hérédité et des actions *confessoria* et *negatoria* (1). Toutes les actions du § 31, dit-on, sont

(1) Montagnon, thèse p. 40-41.

honoraires. Le préteur qui créa l'*arbitrium* commença à l'appliquer dans son droit à lui, et ce n'est que par la suite qu'il l'étendit aux actions civiles, telles que la revendication et la pétition d'hérédité. Cela est tout à fait d'accord avec la marche ordinaire des réformes prétoriennes. Dès lors, le jurisconsulte, auquel s'est référé Justinien, vivait sans doute à une époque où cette extension ne s'était pas encore opérée, et où l'*arbitrium* ne fonctionnait que dans les actions honoraires. Cette observation doit être écartée par les motifs suivants : 1° Les actions dont parle notre texte ne sont pas toutes de droit prétorien ; l'action *ad exhibendum* est essentiellement de droit civil ; son existence date au moins des Douze Tables (Inst., § 29, II, 1 ; 7, § 10 ; D., XLI, 1) ; 2° l'action quasi-servienne, sanction du droit d'hypothèque, n'apparaît dans aucun texte antérieur au II^e siècle. Or, bien auparavant cette institution, l'*arbitrium* fonctionnait dans la revendication, ainsi que l'atteste Cicéron (2° *ad in Verr.*, II, 12). De plus, il paraît bien certain que l'action de dol, imaginée par le préteur Aquilius Gallus, est postérieure à la *formula petitoria*, et c'est pour cela que Cicéron parle de l'origine récente de la première (*De offic.*, III, 14 ; *De natura deorum*, III, 30), ce qu'il ne fait pas pour la seconde. Je conclus que le fonctionnement de l'*arbitrium* dans les actions civiles n'a pas suivi la création des diverses actions prétoriennes arbitraires. Je crois plutôt qu'aussitôt la procédure formulaire éta-

blie, le magistrat put insérer des clauses permettant au juge de rendre une décision aussi conforme que possible à l'équité; la *clausula arbitraria* constituait à cet égard un procédé analogue aux exceptions; elle dut apparaître en même temps qu'elles. A l'origine, elle fut probablement d'une application limitée, comme tous les tempéraments apportés à la rigueur des principes, peut-être même était-elle restreinte à la revendication; puis elle s'étendit peu à peu aux diverses actions, jusqu'à pouvoir être insérée dans une formule *stricti juris*. Cette progression fut lente, et, à l'époque de Gaius, elle est encore peu avancée. Ce jurisconsulte, qui écrivait vers le milieu du II^e siècle (Glasson, *Étude sur Gaius*, § 3) ne fait aucune énumération des actions arbitraires, et cela confirme bien le système d'après lequel elles n'ont jamais été comprises dans une liste limitative; il ne parle de l'*arbitrium judicis* que d'une façon incidente à propos de la procédure des interdits (IV, § 163). Montrons avec quelque détail comment il pouvait y avoir lieu à une action arbitraire à propos d'interdits. Je suppose que Primus prétende qu'il possédait le fonds Cornélien, et que Secundus l'en a chassé par la violence. Celui-ci nie le fait. Le magistrat ne tranche pas le débat. Il prononce simplement en ces termes: « Que celui qui a chassé violemment le possesseur du fonds le lui restitue. »

C'est un juge qui prononcera si dans l'espèce Secundus

pus a chassé Primus du fonds, et qui prononcera, s'il y a lieu, une condamnation.

Deux procédures sont ouvertes et nous verrons l'*arbitrium* fonctionner dans chacune d'elles.

Première procédure. — Après le prononcé de l'interdit, les parties quittent le tribunal du préteur. Primus interroge Secundus : « Promets-moi 100, si tu violes l'interdit, c'est-à-dire si, contrairement à l'interdit, tu ne me restitues pas le fonds. » De même Secundus interroge Primus : « Promets-moi 100, s'il est jugé que c'est à bon droit que je ne restitue pas, et que je ne tombe pas sous le coup de l'interdit. » Secundus ne restituant pas, les plaideurs retournent devant le magistrat, qui délivre deux formules d'action, dans lesquelles d'ailleurs un même juge est institué. Supposons que le juge reconnaisse que la condition de la stipulation faite par Primus est réalisée. D'une part il absoudra Primus ; de l'autre il condamnera Secundus. Cette condamnation constitue à l'égard de Secundus une sorte de peine, d'amende qui a fait appeler cette procédure *periculosa*.

Cependant, le demandeur n'a pas encore satisfaction. Ce sera l'objet d'un *judicium secutorium*, tendant à condamner le défendeur Secundus au *quantum interest*, c'est-à-dire à l'intérêt, évalué en argent, que Primus peut avoir à obtenir satisfaction. Or, ce *judicium secutorium* est arbitraire. Cela me paraît résulter du § 166 du quatrième Commentaire de Gaius, *in fine* : « *Si apud*

« *adversarium meum possessio est...., NISI RESTITUAT*
« *mihi possessionem, cascelliano sive secutorio judicio*
« *condemnatur.* »

Cette procédure s'applique aux trois catégories d'interdits : prohibitoires, restitutoires et exhibitoires, et elle est même la seule possible pour les premiers.

Deuxième procédure, dite *sine periculo*, applicable seulement aux interdits restitutoires et exhibitoires. — Avant de sortir du tribunal du prêteur, le demandeur réclame une formule, lui permettant de poursuivre le défendeur et d'obtenir condamnation, si celui-ci a violé l'interdit. D'ailleurs il a un moyen d'échapper à la condamnation, car cette formule est arbitraire. Le juge, après avoir reconnu qu'il y a lieu à la restitution ou à l'exhibition conformément à l'interdit, l'ordonne en vertu de son *arbitrium*. Ce n'est qu'au cas d'inexécution de son *jussum* qu'il condamne. « Quod si nec
« restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condem-
« natur » (Gaius, § 163, Comm. IV).

Ce qui me porte à croire que du temps de Gaius, il était assez rare d'ajouter dans la formule la *clausula arbitraria*, c'est que nulle part il ne parle d'une façon directe et principale de cette modification. Et pourtant il avait plusieurs fois l'occasion de le faire dans son quatrième Commentaire :

1° Au § 43. Parcourant les diverses parties de la formule, il traite en cet endroit de la *condemnatio*, c'est-à-dire du pouvoir conféré au juge par le magistrat de

condamner ou d'absoudre. Or, l'*arbitrium* vient justement apporter une sorte d'exception à l'obligation de condamner après la vérification de l'*intentio*. Le silence de Gaius prouve qu'il n'était pas d'une application fréquente.

2° Au § 48, à propos de la nature essentiellement pécuniaire des condamnations; on sait que l'*arbitrium* faisait une brèche à ce principe. Il fallait qu'elle ne fût pas encore bien large à l'époque de Gaius pour n'avoir pas appelé son attention.

3° Au § 114 où il est question de la règle « *omnia judicia sunt absolutoria* ». Elle suppose une satisfaction fournie spontanément par le défendeur. Gaius aurait dû, par opposition, examiner le cas où cette satisfaction n'est qu'un acte d'obéissance à l'ordre du juge.

Dans le § 163, Gaius n'emploie pas l'expression « *actio arbitraria* ». Il dit seulement que le magistrat peut délivrer une formule arbitraire, c'est-à-dire modifiée de telle manière que le juge, devenu *arbiter*, aura le droit d'ordonner certaines satisfactions dont l'exécution entraînera l'absolution du défendeur.

La *formula arbitraria* répondait si bien à des besoins réels qu'elle fit de rapides progrès. Pour connaître sa portée d'application à la fin de l'époque classique, je distingue entre les actions réelles et les actions personnelles.

1° *Actions réelles*. — Les textes les supposent toujours arbitraires, à part la *querela inofficiosi testamenti*,

qui n'est jamais intentée *per formulam*, mais seulement *per sacramentum* devant les centumvirs. Ce sont :

a. Pour les actions civiles (revendication, actions *confessoria* et *negatoria*, pétition d'hérédité) les lois 68, *De rei vind.* ; 7, *Si servitus vindic.* ; 57, *De hered. petit.*, au Digeste.

b. Pour les actions prétoriennes (publicienne, servienne ou quasi-servienne) le § 31, tit. VI, des Institutes.

2° *Actions personnelles.* — Les textes reconnaissent toujours l'*arbitrium* :

a. Dans les actions civiles *ad exhibendum* (1), *finium regundorum* (2).

b. Dans les actions honoraires suivantes : paulienne (3), faviennne (4), *de dolo* (5), *quod metus causa* (6), *de eo quod certo loco* (7), *redhibitoria* (8).

L'*arbitrium* ne fonctionnait-il que dans ces actions ? C'est là le point qu'il nous faut examiner avec soin. J'examinerai successivement la question à l'égard des actions de bonne foi, noxales, et de droit strict.

(1) Instit., § 31, IV, 6.

(2) 4, § 3, *fin. reg.*, X, 1 ; § 6, Instit., IV, 17,

(3) 10, § 20 et 22, *Quæ in fraud. cred.*

(4) 5, § 1, *Si quid in fraud. patron.*

(5) Instit., § 31, *De act.* ; 2, § 1, D., XII, 2.

(6) 14, § 4 et 11, IV, 2 ; Instit., *ibid.*

(7) Instit., *ibid.*, 2, pr., 3, 4, XIII, 4.

(8) 45, XXI, 1.

PREMIER POINT. — *De « l'arbitrium » dans les actions de bonne foi.* — Cicéron oppose (*pro Roscio Comædo*, C. V) les *arbitria* aux *judicia*. Ceux-ci désignent les actions de droit strict où la fonction du juge est très simple et ses pouvoirs fort limités, car il n'a à résoudre que cette question : « la prétention du demandeur est-elle fondée en droit pur ? » Ceux-là laissent au contraire une grande latitude au juge. Sénèque oppose de même le *judex* et l'*arbiter* (*De beneficiis*, III, 7). Le juge, ici, a tous les pouvoirs nécessaires pour procurer au demandeur une satisfaction conforme à son droit en évitant au défendeur des rigueurs inutiles, en un mot pour concilier les intérêts des plaideurs d'une façon équitable. Le *jussum judicis* aura donc son application ; mais ce qu'il faut bien noter, c'est que le juge n'aura pas besoin pour cela d'être investi dans la formule d'un pouvoir spécial. A quoi bon une *clausula arbitraria* dans une *formula bonæ fidei* ? pourquoi conférer expressément l'*arbitrium* au juge dans une action qui est essentiellement un *arbitrium* ? L'insertion de notre *clausula* ne se conçoit pas plus que celle de l'exception de dol ; comme celle-ci, elle y était sous-entendue. Tâchons de justifier cette théorie par les textes.

Dans le fragment 31, § 1, du titre *Depositum*, le jurisconsulte Tryphoninus suppose qu'un individu m'a volé. Il dépose le produit de son vol entre les mains de Seius qui est de bonne foi. On se demande à qui Seius doit restituer, à moi ou au voleur déposant. Le jurisconsulte

répond que, si je reste indifférent et garde le silence, le voleur intentera très valablement l'action *depositi*, et il y aura lieu de restituer au voleur les choses déposées par lui : *nihilominus ei restituenda sunt qui deposuit*. Ces expressions me paraissent indiquer qu'il y avait une satisfaction en nature, et qu'elle était imposée par le *jussum* du juge.

Dans la loi 9, *De præscriptis verb.*, Papinien prévoit le cas où un débiteur a été libéré par son créancier, à condition de lui déléguer son propre débiteur Titius. L'acceptilation étant assimilée à une dation, il y a là un *do ut facias*. Le débiteur n'exécutant pas ce contrat, il sera tenu, dit Papinien, d'une action *incerta* (l'action *præscriptis verbis*).

L'ancienne obligation reste éteinte ; elle ne sera pas rétablie en vertu de l'*arbitrium judicis* (1), mais le juge ordonnera d'exécuter la promesse ; sinon il y aura condamnation. Nous voyons encore ici l'*arbitrium* fonctionner dans une action de bonne foi, l'action *præscriptis verbis*.

Dans le fragment 7, § 1, *De fundo dotali*, de Julien, il s'agit de deux époux qui sont propriétaires chacun d'un fonds ; celui du mari est grevé d'une servitude au profit de celui de la femme. Celle-ci donne son fonds en dot à son mari et la servitude s'éteint. Le juge

(1) Le texte emploie l'expression d'*officium* au lieu de celle plus précise d'*arbitrium*. C'est qu'ici l'*officium* contient l'*arbitrium*.

ordonnera (*jubeat*, dans l'action en restitution de la dot, de rendre le fonds à la femme ou à son héritier en reconstituant la servitude à son profit. Le pouvoir du juge de prononcer ce *jussum* est contenu, écrit Julien, dans son *officium*. N'est-ce pas indiquer que, dans l'action *rei uxoriæ*, le juge est investi de l'*arbitrium*, et cela par la seule vertu de l'*officium* très large qui lui appartient dans les actions de bonne foi?

Dans la loi 61, § 1, *De furtis*, Africain nous dit que l'action *communi dividundo*, action de bonne foi, comporte l'*arbitrium* pour le juge.

La loi 80, § 7, prévoit l'hypothèse suivante :

Titius devait de l'argent. Son chargé d'affaires paye à un individu qui se prétend le créancier et qui n'est qu'un escroc ; Titius ratifie l'opération. Titius n'étant pas propriétaire des deniers escroqués n'a pas l'action *furti* ; cette action appartient au chargé d'affaires, qui a fait le paiement. Titius n'a que la *condictio indebiti* contre l'escroc.

La *condictio furtiva* appartient aussi au chargé d'affaires. Celui-ci aimera mieux d'ailleurs agir en remboursement contre Titius par l'action *negotiorum gestorum contraria*. Le jurisconsulte reconnaît dans cette dernière action, essentiellement de bonne foi, un *arbitrium* au juge. En vertu de ce pouvoir, il ordonnera au défendeur de céder à Titius sa *condictio furtiva* : *arbitrio judicis ei præstabitur*.

Les actions de bonne foi tendaient parfois à résoudre

un contrat, à rétablir l'état antérieur au moyen de prestations réciproques. La condamnation ne pouvant avoir ce résultat, puisqu'elle était nécessairement pécuniaire (Gaius, C. IV, § 48), il faut bien supposer que ces actions comportaient l'*arbitrium*, c'est-à-dire le pouvoir d'ordonner des restitutions en nature.

Je trouve dans les textes plusieurs applications de ces actions en résolution.

Lorsqu'une condition résolutoire était insérée dans la vente, par exemple, au profit du vendeur, celui-ci, la condition s'accomplissant, pouvait obtenir la résolution du contrat. C'est ce qu'impliquent les expressions suivantes : *allata meliore conditione, emptio resolvitur* ; elles se réfèrent au cas d'*addictio in diem* (Ulpien, L. 2, *De in diem addict.*).

Le même jurisconsulte, visant l'hypothèse d'une *lex commissoria*, nous dit encore : *Sub conditione resolvitur emptio* (1, *De lege commiss.*).

Quand l'acheteur avait été victime d'un dol, et que l'erreur dans laquelle il avait ainsi été induit avait été la cause déterminante de son consentement (*dolus dederat causam contractui*), il avait le droit de faire prononcer la nullité. C'est ce que décide Ulpien, dans l'hypothèse où le vendeur d'une femme esclave la faisait faussement passer pour vierge, et obtenait ainsi de l'acheteur un consentement qu'il n'aurait pas donné s'il avait connu la vérité. *Ex empto competit actio ad*

*resolvendam actionem, et, pretio restituto, mulier red-
datur* (Ulpien, fr. 11, § 5, *De contrah. empt.*).

Lorsque la chose achetée était entachée de vices cachés, la rendant impropre à l'usage auquel l'acheteur la destinait, celui-ci pouvait exercer l'action rédhibitoire contre le vendeur. Elle aboutissait à une résolution de la vente, à une sorte de *restitutio in integrum*. Les parties devaient se restituer les prestations qu'elles s'étaient faites. L'acheteur rendait la chose, et si elle était détériorée par sa faute, le juge fixait des dommages-intérêts, qu'il lui ordonnait, en vertu de son *arbitrium*, de payer au vendeur (L. 23, pr., *De ædil. ed.*). Le juge lui ordonnait aussi de restituer les accessoires de la chose (23, § 9, *eod. tit.*). De son côté, le vendeur rendait le prix, les intérêts qu'il avait rapportés dans ses mains, et ceux que l'acheteur lui-même avait pu lui payer (23, § 8 et 27, *eod. tit.*).

Toutes ces prestations impliquent l'*arbitrium* et le *jussum judicis*. Aussi, voyons-nous revenir sans cesse dans ces textes les expressions *arbitrium*, *jubere*, *restituere*. (Voy. notamment la loi 23, § 8, *eod. tit.*, 21, 1.)

Je trouve enfin la confirmation de ma théorie dans un texte de Paul (L. 7, *De eo quod certo loco*). Le jurisconsulte dit nettement que l'*arbitrium judicis* est sous-entendu dans les actions de bonne foi, et qu'il y existe ainsi de plein droit.

Paul suppose une obligation de bonne foi, que le débiteur est tenu d'exécuter *certo loco*. Par exemple il

s'est engagé, par une vente, à livrer cent mesures de blé à Ephèse. Le créancier agit à Rome, où il se trouve avec son débiteur. Il le peut, en faisant ajouter dans la formule la mention du lieu où doit se faire le paiement. Seulement, les parties estiment que le paiement est ainsi ou plus onéreux, ou moins avantageux qu'à Ephèse, et elles désirent que le juge soit investi d'un *arbitrium*, pour fixer la restitution conformément à l'équité. Le magistrat, nous dit Paul, n'aura pas besoin d'insérer dans la formule la *clausula arbitraria*. L'action *venditi* suffira, car c'est un *judicium bonæ fidei*. L'*arbitrium* résulte de l'*officium* même. *Adjectio arbitraria*, écrit Cujas, dans une note sur notre loi, *inest bonæ fidei judiciis*.

Cette théorie absolue est loin d'être admise par tous les auteurs. M. Accarias professe une doctrine qui s'en rapproche beaucoup, mais qui en diffère cependant sur un point important. Il s'exprime ainsi (n° 866 *in fine*) : « Le magistrat les délivre arbitraires (il s'agit des actions *bonæ fidei*), lorsqu'elles tendent à obtenir soit une simple restitution matérielle, soit un transport de propriété ou une promesse, en un mot et plus largement une *satisfaction qui ne consiste pas en argent et que le défendeur peut fournir*. » C'est bien dire que, dans toute action de bonne foi, le juge, en vertu de l'*arbitrium* dont il se trouve investi, ordonne une satisfaction en nature toutes les fois que c'est possible. Seulement, d'après M. Accarias, le juge ne possède pas de plein

droit l'*arbitrium*; ce pouvoir n'est pas inhérent à l'*officium* du juge de l'action de bonne foi. Il faut que le magistrat délivre cette action arbitraire; la *clausula arbitraria* ne peut être sous-entendue (1). Cette doctrine paraît s'appuyer sur la formule de dépôt *in jus* rapportée par Gaius, IV, § 47. Deux lettres de ce texte, restées longtemps illisibles dans le manuscrit de Vérone, y ont été récemment déchiffrées avec certitude. Ce sont les lettres N R qui signifient *nisi restituat*. Il résulte de là, dit-on, que l'action de dépôt peut être arbitraire, mais que ce caractère est subordonné à l'insertion de la *clausula arbitraria*.

Je réponds deux choses : 1° Il n'est pas certain que les deux mots *NR* déchiffrés dans le manuscrit, aient la signification prétendue. Ils ne sont pas séparés par le trait horizontal qui désigne les abréviations; de plus, l'expression *nisi restituat* n'apparaissant jamais dans les Commentaires de Gaius, le copiste l'aurait certainement écrit tout au long. Enfin, il est bien étrange, si les lettres en question ont le sens allégué, que Gaius ne les ait pas reproduites quelques lignes plus loin à propos de l'action *depositi in factum*. Si l'action *depositi*

(1) V. dans le même sens Ambelouis, thèse, p. 51. D'après cet auteur, les actions de bonne foi revêtent dans certaines occasions la formule arbitraire. Si elles sont opposées aux actions arbitraires dans la loi 3, § 1, *De usuris*, c'est que Papinien ne comprend dans cette dernière expression que celles qui affectent toujours cette formule.

in jus comporte la *clausula arbitraria*, pourquoi n'en serait-il pas de même de la même action conçue *in factum*? Une telle contradiction serait inexplicable. Mieux vaut avouer que nous ignorons le sens de ces lettres que d'en fournir une explication invraisemblable. 2° En admettant la signification alléguée, la conclusion qu'on en tire est exagérée. Les mots *nisi restituat* ne constituent pas à eux seuls la *clausula arbitraria*; il y manque un élément essentiel, la mention de l'*arbitrium*; il faudrait « *nisi arbitrato* ou *arbitrio tuo restituat* ». Si Gaius admet le pouvoir pour le juge de ne condamner qu'à défaut de restitution sans que la formule contienne la mention expresse de l'*arbitrium*, c'est que ce pouvoir est sous-entendu, et cela ne peut tenir qu'au caractère de bonne foi de l'action *depositi*.

L'opinion de M. de Savigny (*Traité*, trad. Guenoux, V, §§ 221 et suiv.) présente avec celle de M. Accarias un point commun : c'est que le juge de l'action de bonne foi n'est investi de l'*arbitrium* qu'autant que l'action est délivrée arbitraire, autrement dit renferme la *clausula arbitraria*; celle-ci ne saurait être sous-entendue. Mais, en ce qui touche les cas où une *formula arbitraria* est accordée, la doctrine de M. de Savigny est plus restrictive. Il exige que l'action tende à une restitution ou une exhibition (*ibid.*, p. 135).

Le cas de l'exhibition est, dit notre auteur (p. 137), le plus rare et le moins important. Elle consiste dans la simple représentation ou production d'une chose

dont la partie adverse ne doit pas être mise en possession. Tel n'est jamais le but des actions de bonne foi. Mais elles peuvent tendre à une restitution, et c'est alors seulement, d'après M. de Savigny, qu'elles sont arbitraires. Cette théorie, dont la formule séduit d'abord l'esprit par son apparence de simplicité et de précision, soulève bien des doutes quand on en examine les applications.

Que faut-il entendre par le mot *restituere*? M. de Savigny le distingue du mot *recipere*; ce dernier indique une retranslation de la propriété faite à notre profit par une personne qui, s'étant emparée injustement de notre bien, doit nous le rendre. Ici il n'y a pas lieu à la *formula arbitraria*. L'expression de *restituere* indique au contraire que nous recouvrons seulement, soit la possession que nous avons perdue sans cesser d'être propriétaire, comme dans l'action en revendication, soit la simple détention d'une chose dont nous sommes restés possesseurs, comme dans les actions *depositi*, *locati*, *commodati*, *pigneratitia*. Tout d'abord j'objecte qu'une *formula arbitraria* pourra parfois tendre à un *recipere*. Pour n'en citer qu'un exemple, lorsque, sous l'empire du dol ou de la violence, j'ai aliéné mon droit de propriété, j'exercerai l'action *de dolo malo* ou l'action *quod metus causa*, qui sont toutes deux arbitraires (Institut., § 31, *De action.*), et le juge ordonnera au défendeur de me retransférer la propriété qui est sortie de mon patrimoine.

D'autre part, si nous envisageons une prétention tendant à ce que M. de Savigny appelle une *restitution*, la théorie n'est pas bien exacte. Se fonde-t-elle sur cette règle que toutes les actions réelles sont arbitraires? Mais elles sont loin d'avoir toujours pour objet une restitution. Le légataire *per vindicationem* réclame par la revendication une chose qu'il n'a pas encore possédée. Il en est de même pour celui qui exerce la *petitio hereditatis* ou pour le créancier hypothécaire qui, à défaut de paiement, veut, par l'action quasi-servienne, se faire mettre en possession de la chose hypothéquée.

A l'égard même des actions personnelles, le système ne présente pas beaucoup d'ensemble, de cohésion. L'action *de eo quod certo loco* tend-elle à une restitution? Elle aboutit le plus souvent à une promesse, garantie par des fidéjusseurs, d'exécuter une prestation quelconque au lieu primitivement fixé par le contrat (L. 4, § 1, XIII, 4). M. de Savigny n'hésite pas à déclarer arbitraires les actions directes de commodat, de dépôt et de gage, ainsi que l'action *locati*. Cependant, si l'objet a péri par le dol ou la faute du débiteur, ou même par suite d'un cas fortuit, après qu'il a été constitué en demeure, ces actions ne tendent qu'à une indemnité, et non plus à la restitution de la possession. Enfin, pour signaler une dernière contradiction, le même auteur déclare arbitraire (p. 142) l'action rédhibitoire accordée par l'édit des édiles à un acheteur qui découvre dans la chose vendue des vices cachés, et au moyen de

laquelle il peut faire résoudre la vente ; d'un autre côté, il déclare (p. 139) qu'une *arbitraria formula* n'est jamais appliquée aux actions *empti, venditi*. Pourtant l'action *venditi* n'offre-t-elle pas une ressemblance frappante avec l'action *redhibitoria*, quand elle est intentée pour faire valoir la résolution d'une vente accomplie par suite d'une *lex commissoria* ou d'une *addictio in diem* ? La ressemblance n'est-elle pas complète à l'égard de l'action *empti*, quand l'acheteur demande la résolution pour erreur sur la substance de la chose (11, § 5, D., *De contrah. empt.*) ? Je repousse donc absolument le critérium proposé par M. de Savigny en ce qui concerne le caractère arbitraire des actions de bonne foi. Je pense que cet auteur aurait dû appliquer ici la distinction, qui le guide d'ordinaire, entre les actions rigoureuses et les actions libres, les *judicia* et les *arbitria*. Dans les actions réelles, à part la *querela inofficiosi testamenti*, le juge prononce un *jussum* imposant une satisfaction en nature. Et pourtant elles ne sont pas de purs *arbitria* ; elles n'étaient primitivement que des *judicia* où les attributions du juge étaient limitées. Le prêteur, par la création de la *formula petitoria*, n'a fait que réunir l'*arbitrium* et le *judicium* (Keller, *Actions*, chap. II, § 28). L'action de bonne foi, au contraire, est essentiellement un *arbitrium* ; le pouvoir du juge y a toute l'étendue possible (Savigny, Guenoux, V, p. 110-113). A plus forte raison donc, le juge doit-il avoir ici le droit d'ordonner à chaque partie d'effectuer

les prestations que commande l'équité, et cela indépendamment de toute clause expresse de la formule.

Enfin le caractère infamant de la condamnation prononcée dans certaines actions de bonne foi me paraît fournir un bon argument. On sait que cette rigueur n'est admise, en matière d'actions contractuelles ou quasi-contractuelles, que pour les cinq suivantes : les actions directes de tutelle, de mandat, de dépôt et de fiducie, et l'action *pro socio* (Inst., VI, 16, § 2; Gaius, IV, § 182). Or, elles sont toutes les cinq de bonne foi; cette solution résulte pour l'action de dépôt de la formule qui nous en est rapportée par Gaius (IV, § 47), et, pour les quatre autres, de différents écrits de Cicéron (V. Accar., n° 868). Il me paraît impossible de supposer qu'on n'ait pas admis, pour permettre au défendeur d'échapper à cette rigueur, le moyen consistant dans l'exécution du *jussum*, moyen qui était ouvert même à l'auteur de manœuvres frauduleuses poursuivi par l'action pénale et infamante de dol.

De ce que les actions de bonne foi sont naturellement arbitraires, il ne faut pas conclure que la réciproque soit vraie, et qu'une action devienne de bonne foi par l'insertion de la *clausula arbitraria* dans la formule.

Ce qui le prouve d'abord, c'est que les actions arbitraires ne se trouvent mentionnées dans aucune des énumérations des actions de bonne foi que nous trou-

vons dans les textes (1); c'est en second lieu la nécessité de faire mettre dans la formule, outre la *clausula arbitraria*, l'exception *doli* pour lui permettre d'apprécier, d'après la bonne foi et l'équité, la prétention du demandeur; cette exception, on le sait, est forcément sous-entendue dans les actions de bonne foi. Cette nécessité est constatée par un texte d'Ulpien (L. 14, D., *De public. in rem act.*). Primus ayant donné à Secundus mandat de vendre son fonds, celui-ci le vend à Tertius. Le mandant défend ensuite au mandataire de livrer le fonds. Le mandataire n'en fait pas moins tradition à l'acheteur. Cette tradition ne déplace pas la propriété, et par suite le mandant pourra revendiquer. L'acheteur pourra le repousser, en faisant insérer dans la formule l'exception : *si non auctor meus ex tua voluntate vendidit*. S'il ne prend pas cette précaution, il sera évincé, contrairement à l'équité. La *clausula arbitraria* ne rend donc pas de bonnefoi l'action en revendication.

De même dans la loi 48, D., *De rei vind.*, Papinien suppose qu'un donataire a fait des dépenses sur le fonds qui a fait l'objet de la donation, et qui n'appartenait pas au donateur. Il subit ensuite la revendication du *verus dominus*. Il ne pourra se faire rembourser les dépenses utiles, que s'il a fait insérer l'exception de dol. Sinon, malgré la *clausula arbitraria*, il perdra ces dépenses, et le propriétaire, contrairement

(1) Ambelouis, op. cit, p. 95 et s.

à l'équité, s'enrichira à ses dépens. Papinien donne la même solution dans la loi 65, pr., *De rei vindic.*

Nous verrons plus loin que les actions de droit strict peuvent devenir arbitraires par l'addition de notre *clausula*. Elles ne deviennent pas pour cela de bonne foi. Vous m'avez promis 100 *ex stipulatu*, mais vous étiez dans l'erreur, victime peut-être de manœuvres frauduleuses. Peu importe; vous avez promis, donc vous êtes tenu, et si vous ne faites pas insérer l'exception de dol dans la formule, vous devrez payer. Tel est le droit commun. La *clausula arbitraria* le modifiera-t-elle? Vous avez promis *ex stipulatu* sous l'empire d'un dol, de me payer 100 à Éphèse. Je vous poursuis à Rome par une formule arbitraire. Le juge, en vertu de son *arbitrium*, vous ordonnera de me donner satisfaction; car, en l'absence de l'exception *doli*, il doit apprécier l'*intentio* du stipulant selon le droit strict.

Cela ne l'empêchera pas d'ailleurs de tenir compte *ex bono et æquo* dans la satisfaction qu'il ordonnera, de l'intérêt que peut avoir telle ou telle des parties à ce que le payement ait lieu à Éphèse.

Cette théorie peut se résumer dans la phrase suivante que je trouve dans Cujas, dans une note sur la loi 7, *De eo quod certo loco*: « In strictis judiciis exceptiones omnimodo opponendæ sunt; alioquin iudex, addictus stricto iudicio, earum rationem habiturus non est, etiamsi illud iudicium sit arbitrarium. »

Pour employer la distinction ordinairement usitée par les auteurs allemands entre les *judicia* ou actions rigoureuses, et les *arbitria* ou actions libres (1), je dirai que l'insertion de la *clausula arbitraria* dans une instance réelle ou de droit strict la rend mixte ; c'est un *judicium* en ce sens que le juge apprécie l'*intentio* d'après le droit pur, et un *arbitrium* en ce sens que, l'*intentio* vérifiée, le juge ordonne la satisfaction selon l'équité. « Cette alliance, cette réunion d'un *judicium* et d'un *arbitrium* dans une même formule, est précisément ce qui forme le trait distinctif, le caractère propre de l'action arbitraire » (Keller, *Actions*, II, § 28).

DEUXIÈME POINT. — *De l'arbitrium dans les actions de droit strict.* — Il est certain que, dans ces actions, l'*officium* du juge ne comportait pas l'*arbitrium*, c'est-à-dire le pouvoir de fixer des restitutions dont l'accomplissement entraînait l'absolution du défendeur. Cela se comprend, parce qu'à l'origine ces actions avaient probablement un objet unique : de la *certa pecunia*. Le droit du demandeur vérifié, il ne restait au juge qu'à condamner au paiement de cette somme d'argent.

Lorsque plus tard on put stipuler *quamlibet rem*, des corps certains ou des genres autres que de l'argent, on aurait compris l'admission de l'*arbitrium* d'une façon

(1) Savigny, V, § 218 ; Keller, *Actions*, I, § 7.

générale, dans ces actions, comme dans les actions réelles. Mais la pratique ancienne subsista, du moins de droit commun, et la vérification de l'*intentio* emportait condamnation immédiate (1). C'est ce qu'impliquent les deux fragments suivants : 5, § 1 et 6 du titre *De in lit. jur.*, au Digeste.

Dans le premier, Marcien nous dit que c'est seulement par exception (*interdum*) que le *juramentum in litem* s'applique aux *judicia stricti juris*. Dans le second, Paul nous dit encore qu'on n'a pas coutume d'employer ce *juramentum* dans les actions de droit strict. Or, à admettre que les actions de droit strict fussent arbitraires, on devrait décider que le *juramentum in litem* est d'un usage fréquent, qu'il est employé toutes les fois que le *jussum* du juge n'est pas exécuté à raison du mauvais vouloir du défendeur (L. 68, *De rei vindic.*). Donc, en général, il n'y avait pas lieu à l'*arbitrium* dans ces actions.

Est-ce à dire qu'elles ne pouvaient jamais être arbitraires?

Je crois qu'elles pouvaient le devenir et qu'il suffisait pour cela de faire insérer dans la formule la *clausula arbitraria* : *nisi arbitrato tuo* N^{us} N^{us} A^o A^o *rem restituat*.

De cette façon le défendeur pouvait, au cas où l'in-

(1) L'école proculienne refusa même, comme on sait, d'appliquer aux actions de droit strict la règle : *Omnia judicia absolutoria sunt* (Gaius, IV, § 114).

tentio était reconnue fondée, échapper à une condamnation pécuniaire peut-être très onéreuse, en fournissant une satisfaction fixée par le juge. La clause d'*arbitrium* était demandée au magistrat par le défendeur comme une sorte d'exception, un moyen d'éviter la condamnation.

Je trouve cette doctrine consacrée dans la loi 7, § 1, *De eo quod certo loco*. Vous m'avez promis de me livrer à Éphèse 100 mesures de blé. Comme nous sommes tous deux à Rome, je vous y poursuis par l'action *ex stipulatu*, intentée *de eo quod certo loco*.

Le défendeur estime qu'il doit y avoir lieu à une réduction dans l'objet à payer à raison du changement apporté dans le lieu de la poursuite.

Pour arriver à ce résultat, nous dit Paul, le magistrat conférera l'*arbitrium* au juge de l'action *ex stipulatu* qui deviendra *arbitraria* : *Si tamen certo loco traditum se quis stipulatus sit, hac actione (arbitraria) utendum erit.*

Cette décision n'était, je pense, que l'application d'un principe plus général.

Toutes les fois que les parties à un *judicium stricti juris* y avaient intérêt, c'est-à-dire quand il s'agissait d'une obligation ayant un objet autre que de l'argent, elles pouvaient demander l'insertion d'une *clausula arbitraria*, et conférer ainsi l'*arbitrium* au juge de leur procès.

TROISIÈME POINT. — *Les actions noxales étaient-elles arbitraires ?* — Je trouve sur cette question trois opinions différentes.

Dans un premier système, le juge est investi d'un *arbitrium* ; mais c'est un *arbitrium* spécial, amoindri, ne comportant pas ses effets ordinaires, à savoir, le *jussum*, le *juramentum in litem*, la *manus militaris* (Ulpien, 68, *De rei vindic.*). Il y a simplement une invitation, faite officieusement par le juge au défendeur, de livrer l'esclave et ses accessoires, de fournir une *cautio* garantissant le demandeur contre toute éviction provenant de son fait.

Si le défendeur obéit à cette invitation, le juge absout par application de la maxime : *Omnia judicia sunt absolutoria*. Au cas contraire, le juge condamne, sans que la résistance du défendeur entraîne contre lui la moindre aggravation. (Voy. en ce sens Accar., n° 886.)

Dans un second système, le caractère noxal n'emporte pas par lui-même celui d'arbitraire. Celui-ci dépend uniquement de l'action directe.

Est-elle arbitraire (action *de dolo, quod metus causa*) ? elle restera telle si elle est intentée *noxaliter*. Au cas contraire, elle ne le deviendra pas. C'est ce que M. de Savigny exprime de la manière suivante : « La *causa noxalis*, dont je parle ici, doit donc s'entendre d'une action déjà *arbitraria* en soi, qui, dans un cas particulier, est exercée comme *noxalis*. » (V. p. 144, note 1.)

- Ce système ne me paraît pas résoudre notre ques-

tion. Il est évident, en effet, que le juge de l'action *de dolo*, intentée *noxaliter*, peut exercer son *arbitrium*, comme il le fait de droit commun, et ordonner au maître poursuivi d'opérer toutes les satisfactions qui ont pour but d'indemniser la victime du dol. Il s'agit de savoir si, au cas où le défendeur à l'action noxale de dol trouverait trop onéreuses ces restitutions, le juge ne pourrait pas lui ordonner de restituer l'esclave, en d'autres termes si l'*arbitrium* et le *jussum* ne peuvent pas avoir pour objet la *deditio noxalis* elle-même.

C'est ce qu'affirme un troisième système, que je vais démontrer.

J'invoque tout d'abord le texte des Institutes (§ 31, *De action.*). Ce paragraphe, supposant une action noxale, déclare que le juge exerce un *arbitrium* en vertu duquel il ordonnera au défendeur d'opérer la *deditio noxalis*, et que la condamnation n'aura lieu qu'au cas où cet abandon ne serait pas exécuté. Cette décision range les actions noxales parmi les actions arbitraires et reconnaît au juge le même *arbitrium* que dans les actions publiciennes, *quasi serviana*, *de dolo*, *quod metus causa*, etc.

Je cite encore, à l'appui de ma solution, les fragments 14, § 1, et 19, au titre *De noxal. act.*, au Digeste.

Dans le premier texte, Ulpien suppose qu'un *statu-liber* a commis un délit. Avant l'abandon noxal, la condition, qui suspendait pour lui l'acquisition de la liberté, s'accomplit. L'esclave devient libre, et par suite

l'héritier, poursuivi noxalement, sera absous, *arbitrio judicis*. N'est-ce pas dire que, si la condition était encore pendante, le juge, en vertu du même *arbitrium*, ordonnerait l'abandon noxal?

De même, si, *pendente conditione*, mais avant l'engagement de l'action noxale, l'héritier a aliéné le *statuliber*, il sera absous.

Dans la fin du texte, Ulpien suppose que la poursuite noxale a eu lieu avant l'arrivée de la condition, et alors que le *statuliber* était encore entre les mains de l'héritier. Il décide qu'en vertu de l'*officium judicis*, l'esclave sera livré, et que, de plus, l'héritier fournira une promesse garantissant le demandeur contre toute éviction provenant de son fait. — C'est donc que le juge, dans les actions noxales, est investi de l'*arbitrium*.

Le second texte est de Paul.

Nous sommes, vous et moi, copropriétaires d'une chose. L'esclave de Titius la dégrade, la détériore. Nous pouvons intenter contre Titius, *noxaliter*, l'action *legis Aquiliæ*. Bien entendu, Titius ne sera pas obligé de faire abandon de l'esclave pour le tout à chacun de nous. Il n'y a en quelque sorte qu'un dommage et qu'une obligation. Titius devra, en vertu des pouvoirs du juge, ou bien payer à chacun de nous une somme d'argent, correspondant à notre part dans la propriété de la chose, ou bien faire l'abandon noxal. Ce pouvoir pour le juge d'ordonner à Titius de prendre l'un ou

l'autre de ces deux partis, implique bien qu'il est investi de l'*arbitrium*.

Paul suppose ensuite que l'un de nous a agi isolément, que l'abandon noxal lui a été fait ainsi à lui seul, et qu'ainsi Titius a été absous. Il décide que le copropriétaire demandeur devra céder à l'autre une part dans la propriété de cet esclave. Cette absolution du juge montre que, dans cette seconde forme du procès, comme dans la première, il possédait l'*arbitrium*. Il a ordonné à Titius la *deditio noxalis*; celui-ci a obéi au *jussum*, et c'est ce qui a entraîné l'absolution.

CHAPITRE IV

DE L'APPEL CONTRE L'ARBITRIUM JUDICIS

L'*arbitrium* du juge n'était pas souverain. Quand le défendeur estimait que les restitutions, imposées en vertu de ce pouvoir, étaient exagérées, il pouvait en appeler. C'est ce que dit Macer dans le fragment 15, § 6, *Qui satisdare coguntur*, 2, 8, que je vais commenter.

Vous avez intenté contre moi une action en revendication du fonds que je possédais. Le jugement vous ayant été favorable, j'en ai appelé. Est-ce que, pendant l'appel, je resterai possesseur du fonds? On devra décider que je garderai cette possession. Je ne puis la perdre en vertu d'une décision, qui est attaquée par l'appel. Peu importe que je sois exposé à être évincé par la décision du juge d'appel. Tant qu'elle n'est pas rendue, je reste possesseur.

Quum secundum te judicatum esset. — Le jugement qui vous est favorable n'est pas une condamnation, autrement Macer aurait dit : *Quum condemnatus essem.*

C'est une décision reconnaissant votre demande fondée, et dans laquelle, par conséquent, le juge ordonnait, en vertu de son *arbitrium*, certaines restitutions.

Appellaverim. — L'appel suivra les règles ordinaires.

Suis-je à Rome? Je le porterai devant le magistrat qui m'aura délivré la formule. Je pourrai former ensuite un nouvel appel devant le *præfectus urbi*, enfin un dernier devant le préfet du prétoire ou l'empereur (1, pr. et 3, L. 49, t. III; 38, L. 4, t. IV; 122, § 5, L. 45, t. I, au Digeste).

Recte dicetur possessorem me esse. — Je garde la possession. Le *jussum* du juge, qui m'imposait de la restituer, n'est plus obligatoire: son exécution est suspendue par l'effet de l'appel.

Evinci ea possessio possit. — Ces mots se réfèrent au cas, sans doute le plus fréquent, où le jugement attaqué est confirmé en appel. S'il était infirmé par le magistrat, celui-ci prononçait l'absolution. Cette conclusion s'imposait, et il était inutile de renvoyer pour cela les parties devant le juge.

Au cas contraire, le défendeur devait obéir au *jussum judicis*, devenu définitif et exécutoire. Sinon, le magistrat lui-même, prononçait la condamnation. Ainsi la procédure, commencée *per formulam*, finissait *extra ordinem*.

CHAPITRE V

SANCTION DE L'ARBITRIUM

Le défendeur n'exécute pas les restitutions imposées par le juge en vertu de son *arbitrium*. Quels seront les moyens de contrainte ? Le texte fondamental en cette matière est un fragment du jurisconsulte Ulpien, qui forme la loi 68 au Digeste, *De rei vindic.*

On suppose, ainsi que l'indique le titre du Digeste où se trouve notre loi, une action en revendication. Le juge ordonne au défendeur de restituer la chose au demandeur. Le défendeur prétend qu'il ne peut pas exécuter cet ordre ; Ulpien prévoit alors deux hypothèses :

1° *Le défendeur a la chose entre les mains ; il pourrait restituer, s'il voulait ; il est, comme disent les textes, contumax.*

Le juge commandera à la force armée de transporter la possession de la chose au demandeur.

Il est à remarquer que, dans ce cas de *contumacia* du défendeur, Ulpien ne dit pas que ce mauvais vouloir

pourra être frappé de la peine du *juramentum in litem*; pourtant il est certain que le demandeur avait le droit d'y recourir (voy. au Dig., 18, pr., *De dolo mal.*; 1, 2, § 1, *De in lit. jur.*, XIII, 3; 73, *De fid.*, XLVI, 1). L'objet de cette institution est de contraindre indirectement le défendeur à restituer la chose par la menace d'une condamnation très forte certainement bien supérieure à sa valeur. Sans doute le demandeur jure d'estimer son droit d'une façon exacte, mais il est clair que, même en mettant à part la mauvaise foi, un plaideur, sous l'influence de sentiments d'intérêt ou de vengeance, est toujours porté à exagérer la satisfaction qui lui est due. Aucune limitation, d'ailleurs, n'est apportée au chiffre que peut fixer le demandeur; le serment est déféré *sine taxatione* (L. 73, XLVI, 1; 7, VIII, 5; 9, § 1, XLVII, 2). Ce procédé peut donc aboutir à des résultats que répudie l'équité, quand la condamnation est manifestement hors de proportion avec l'intérêt en cause. Comment concevoir un moyen à la fois indirect et d'une rigueur excessive, s'il existait une autre voie simple et rapide d'aboutir à une satisfaction exacte et équitable. Cette coexistence est impossible, ont dit plusieurs auteurs, M. de Savigny en tête (*Système*, V, § 221, note *d*). Cela est si vrai que notre texte, admettant l'exécution *manu militari*, ne parle pas du serment *ob contumaciam*; il n'admet que le serment *ob dolum* pour le cas où le défendeur est dans l'impossibilité de satisfaire. Ils en concluent que les mots *manu militari*

officio judicis, ab eo possessio transfertur ont été interpolés.

Je crois au contraire que les mots dont il s'agit n'ont pas été interpolés par les commissaires de Justinien ; ils sont bien d'Ulpien et constatent que l'exécution forcée du *jussum* avait lieu dès le temps de ce jurisconsulte. Voici mes raisons (1) :

1° Les expressions *manus militaris*, qui sont très naturelles sous la plume des jurisconsultes classiques, ne se comprendraient pas à l'époque de Justinien. Sous la République, les ordres du magistrat donnés dans un intérêt quelconque, public ou privé, étaient exécutés par des *lictores* ou *viatores* qui avaient un caractère purement civil. Ils furent remplacés sous l'Empire par des *officiales* ayant un caractère militaire et choisis d'ordinaire dans l'armée. L'expression *manus militaris* leur est parfaitement applicable ; aussi la retrouvons-nous dans un autre écrit d'Ulpien, dont la sincérité est hors de doute (L. 3, pr. *Ne vis fiat eĩ*). Ce texte est relatif aux fidéicommiss qui, on le sait, rentraient dans les *cognitiones extraordinariæ*, c'est-à-dire dans les procès que le magistrat retenait et tranchait lui-même, sans renvoyer devant un juge (Gaius, II, § 278). Il décide que le magistrat peut autoriser le fidéicommissaire à se faire délivrer, *per manum militarem*, l'objet

(1) Conf. Peillat, *Exposé des principes sur la propriété*, p. 367 et s.

de son droit. Plus tard Théodose le Jeune déclara, dans une Constitution qui forme au Code de Justinien la loi 1, *De officio militarium judicum*, qu'on ne pourrait plus jamais requérir la force militaire, la *manus militaris*, pour les affaires privées : « Nunquam omnino
« in negotiis privatorum vel tuitio militaris vel executio tribuatur. » C'étaient des *apparitores*, fonctionnaires d'ordre civil analogues à nos huissiers, qui faisaient exécuter les décisions de justice, alors que le défendeur n'opposait qu'un obstacle de fait, susceptible d'être vaincu par la force. Si donc Tribonien, commissaire de Justinien, avait remanié notre texte, il n'aurait pas écrit les mots « *manus militaris* », qui n'étaient plus en rapport avec son époque.

2° Au temps de Justinien, les condamnations ont lieu *ad ipsam rem*, et elles sont exécutées, quand cela est possible, par l'emploi de la force. Ce fut le résultat de la réforme qui s'opéra vers le temps de Dioclétien et qui, généralisant la procédure extraordinaire, la substitua au système formulaire. Si donc Justinien avait écrit notre texte, il n'aurait pas parlé d'abord d'un *jussum* portant sur la chose même et susceptible d'exécution forcée, puis d'une condamnation limitée aux fruits et accessoires de la chose qui n'existaient plus en nature ; il aurait décidé tout simplement qu'il serait prononcé une condamnation embrassant d'une façon générale la chose et les fruits. Au contraire, le texte s'explique fort bien, si l'on en admet la sin-

cérité. La condamnation ne pouvant être que pécuniaire, la restitution de la chose devait faire l'objet d'un ordre préalable; la résistance à cette injonction était vaincue par la force. Quant aux fruits et accessoires ils étaient exactement évalués en une somme d'argent au paiement de laquelle le défendeur était condamné.

L'interpolation étant rejetée, nous nous trouvons en présence de la difficulté signalée plus haut. Comment les Romains ont-ils pu admettre le *juramentum in litem ob contumaciam*, si l'ordre du juge était susceptible d'exécution forcée ?

On a proposé l'explication suivante (1), suggérée par la loi 3, pr. D., *Ne vis fiat* : notre fragment était relatif aux fidéicommiss, ainsi que ce dernier texte. Il s'agissait donc d'un procès jugé par le magistrat lui-même *extra ordinem*; dès lors rien d'étonnant à ce que, en vertu de son *imperium*, il ordonnât que la possession fût transportée par la force au demandeur. C'était là par conséquent une décision exceptionnelle, et pour les affaires ordinaires, soumises à un juge, il n'y avait pas lieu à la *manus militaris*; le *juramentum in litem* était le seul moyen de contrainte. Trois raisons doivent faire écarter ce système : 1° la place que notre texte occupe dans le Digeste; si Tribonien l'a placé dans le titre de la revendication, c'est qu'il y était relatif;

(1) Montagnon, thèse, p. 52.

2° les mots « *officio judicis* ». Il ne s'agit donc pas de la procédure *extra ordinem*, mais bien d'un procès soumis à un *judex*, et c'est ce *judex* qui met en mouvement la force publique; 3° la fin du texte; elle dispose que les décisions données sont générales et s'appliquent à tous les cas où fonctionne l'*arbitrium* du juge. Comment dès lors prétendre que l'exécution *manu militari* ne concerne que les restitutions de fidéicommis?

Ainsi, il résulte bien de notre loi 68 que, dès l'époque d'Ulpien, la *manus militaris* était employée à faire exécuter le *jussum* du juge dans les actions arbitraires.

M. Demangeat (*Cours de Droit romain*, II, p. 683, 3°) propose de restreindre l'hypothèse aux termes employés par le jurisconsulte : « *Contendens non posse restituere.* » Le défendeur prétend qu'il ne peut pas restituer. Il n'a pas l'audace de dire : « Je ne veux pas obéir »; il allègue simplement qu'il ne le peut pas. Dans ce dernier cas seulement, on peut recourir à la force. — Une telle distinction ne se conçoit pas. D'abord, elle laisse subsister l'exécution *manu militari* concurremment avec le *juramentum in litem* dans le cas le plus général, celui où le défendeur couvre sa résistance à l'ordre du juge, du prétexte de l'impossibilité de l'exécuter; par conséquent ce système ne tranche pas notre difficulté. Il est bien bizarre, d'autre part, qu'un défendeur ait pu, par un refus effronté, se soustraire à l'exécution en nature et garder la chose, tandis

qu'un peu plus de politesse et de modestie lui auraient fait encourir les rigueurs de la dépossession par la force (Acc., n° 867 en note).

La possibilité d'employer la *manus militaris* pour transporter la possession au demandeur peut seule expliquer plusieurs textes du Digeste dont l'authenticité est certaine :

1° La loi 46, *De rei vindic.* Le jurisconsulte Paul, suppose qu'une chose a été revendiquée et qu'elle a fait l'objet d'une estimation déclarée par le demandeur sous la foi du serment ; « la propriété, dit-il, passe alors sur-le-champ au défendeur ; il y a, en effet, transaction ; les parties sont tombées d'accord au prix fixé ». Puisqu'on peut considérer le demandeur comme ayant consenti au transport de la propriété, c'est qu'il avait le droit de ressaisir la chose. Si le *juramentum in litem* était le seul effet possible de l'inexécution du *jussum*, on ne comprendrait pas le déplacement du droit de propriété fondé sur un prétendu accord de volontés.

2° La loi 36, pr. *De don. int. vir.*, XXIV. Une donation ayant été faite par l'un des époux à l'autre, le donateur se repent et revendique la chose donnée. Le donataire pourra garder la chose, mais il devra en payer la juste estimation au demandeur qui, de son côté, lui promettra la garantie d'éviction. C'est dire qu'il y a aliénation volontaire, ce qui implique la renonciation du demandeur au droit de recouvrer la possession.

3° Dans la loi 15, § 6, II, 9, Macer prévoit le cas où

un défendeur à la revendication appelle de la décision du juge qui a déclaré le demandeur propriétaire. Il décide que, pendant la nouvelle instance, l'appelant gardera la possession ; et pourtant, dit le jurisconsulte, il est fort exposé à en être dépouillé : « *nec ad rem pertinet, quod evinci mihi ea possessio possit* ». Cette éviction ne peut être autre chose qu'une exécution forcée du *jussum*, résultant de la confirmation du jugement.

On m'oppose une objection assez fort tirée de la loi 3, § 2, *De reb. eor.*, XXVI, 9. On sait qu'aux termes d'un sénatus-consulte, rendu sous Septime Sévère, un tuteur ne pouvait aliéner un fonds rural ou suburbain appartenant à son pupille. Dans notre texte, Ulpien suppose qu'un tuteur revendique un tel fonds, possédé par un tiers. L'offre faite par le défendeur d'une somme représentant l'intérêt du demandeur emportera acquisition du fonds ; ce résultat est possible, car ici, dit le jurisconsulte, l'aliénation n'est pas volontaire. En d'autres termes, dit-on, le tuteur est obligé de subir cette aliénation ; il ne la consent pas, elle s'impose. C'est donc qu'il ne peut pas se faire mettre *manu militari* en possession du fonds du pupille. — Je fais la réponse suivante : ce que défend le sénatus-consulte, c'est l'aliénation qui a son principe dans l'initiative du tuteur, celle qui est projetée, calculée par lui. C'est là vraiment l'opération qui présente des dangers. On craint que, sous l'influence d'un besoin personnel d'argent, le tuteur ne fasse monnaie des immeubles de son pupille. Dans notre

espèce, au contraire, l'aliénation a sa cause dans l'engagement d'un procès. Elle n'a pas été préméditée par le tuteur, car il était bien plus naturel de prévoir le cas d'obéissance au *jussum*, que celui d'une résistance dont le *juramentum in litem* pourra être l'effet rigoureux. Cette aliénation est bien volontaire, car le tuteur aurait pu se faire restituer la possession *manu militari*, mais ce qui la met en dehors de la prohibition prononcée par le sénatus-consulte, c'est qu'elle n'est pas spontanée : *hæc enim alienatio non sponte tutorum fit*.

Y a-t-il entre le *juramentum* et l'exécution *manu militari* l'incompatibilité absolue que prétendent nos adversaires ? Il est hors de doute qu'à une certaine époque, ces deux moyens de contrainte ont coexisté ; la compilation de Justinien en fait foi, puisqu'elle contient des textes relatifs à l'un et à l'autre. Pourquoi n'en aurait-il pas été de même plus tôt ? Lorsque le demandeur ne tient pas absolument à obtenir la possession de la chose elle-même, le *juramentum in litem* offre des avantages certains. Il évite de forcer le domicile pour rechercher et saisir le meuble réclamé ; il exclut des mesures de violence tendant à expulser le débiteur. Sans doute on aboutit ainsi à une condamnation exagérée, mais qui pourrait s'en plaindre ? le défendeur seul ; or, il ne saurait guère être écouté, puisque c'est sa résistance obstinée à l'ordre du juge qui a donné lieu à cette rigueur.

Reste à savoir à quelle époque de la durée du sys-

tème formulaire fut admise l'exécution du *jussum manu militari*. De nouveaux doutes se produisent. Quelques-uns soutiennent que, dès l'apparition de l'*arbitrium*, ce moyen de sanction put être pratiqué. Il y avait ainsi délégation au juge de l'*imperium*, c'est-à-dire du pouvoir de mettre en mouvement la force publique. Voici leurs raisons : 1° Aucun texte ne mentionne une innovation sur ce point ; c'est donc que notre voie d'exécution n'a jamais cessé d'être en vigueur ; 2° Cicéron parlant des pouvoirs du juge dans la revendication (*In Verrem*, 2° act. 11, 12), s'exprime ainsi : « *cogere reum restituere, aut condemnare eum* ». C'est bien dire qu'au choix du demandeur, le juge peut faire opérer de force la restitution de la chose, ou prononcer une condamnation pécuniaire (voy. dans le même sens les lois 9 et 63, D., *De rei vind.*). — Je réponds que plusieurs textes placent le juge dans cette alternative d'exécuter le *jussum* ou de subir la condamnation ; ils ne parlent pas d'une troisième solution consistant dans l'exécution forcée (Gaius, IV, § 89 et § 163 ; L. 9, § 1, *De furt.*, XLVII, 2). Il me paraît contraire à l'esprit des anciens Romains que le juge, simple particulier investi temporairement et pour une affaire spéciale de la mission de déterminer les droits des plaideurs, ait pu commander à la force publique. Quant aux mots *cogere reum restituere* employés par Cicéron, ils s'expliquent très bien par la contrainte indirecte résultant,

pour le *reus* qui n'exécuterait pas l'ordre, du *juramentum in litem*.

Mais pourquoi Ulpien, dans notre loi 68, prévoyant la *contumacia* du défendeur, ne parle-t-il pas de ce droit d'option et ne mentionne-t-il que le recours à l'exécution forcée ? On peut en donner deux raisons : 1° Le jurisconsulte ne se préoccupe pas de dire quelles sont les voies de contrainte applicables au cas de *contumacia*. Il suppose que le demandeur a choisi l'exécution forcée de l'ordre de restitution ; il se demande simplement quel pourra être alors l'objet de la condamnation. 2° Il met en opposition deux hypothèses, celle où il peut et celle où il ne peut pas restituer. Il fait remarquer que le demandeur a dans la première un droit qui ne saurait lui appartenir dans la seconde, c'est le recours à la force armée.

Ulpien continue : Le demandeur ayant été mis en possession de la chose par la force, la condamnation en argent n'a lieu qu'au sujet des fruits et accessoires de la chose.

2° *Le défendeur est dans l'impossibilité de restituer, il n'a plus la chose en son pouvoir.*

Ulpien fait une sous-distinction : *si c'est par dol qu'il a cessé de posséder*, il doit être condamné à indemniser le demandeur, et c'est celui-ci qui fixera lui-même, sous la seule garantie du serment, cette indemnité. Le demandeur aura d'ailleurs toute liberté dans son évaluation et ne sera assujetti à aucun taux, *sine ulla taxatione in infinitum juraverit*. Ce *juramentum* est le

même que celui que nous avons mentionné dans le cas de *contumacia*. Seulement, tandis qu'au premier cas le demandeur pouvait, s'il le voulait, obtenir satisfaction à l'aide de la force, le *juramentum* est ici la seule voie qui lui soit ouverte pour la sanction de son droit.

On est étonné du fonctionnement d'un tel moyen de fixer la satisfaction due ; il pouvait, semble-t-il, aboutir à consommer la ruine du défendeur. Comment se justifiait-il ? N'y avait-il aucune garantie contre les abus de cette institution (1) ? Faisons une distinction d'époques. A l'origine, notre *juramentum* avait deux buts : 1° C'était un moyen de preuve très simple pour le juge ; ce dernier se débarrassait ainsi de tous comptes ou évaluations, et chargeait de ce soin le demandeur lui-même ; 2° il constituait une peine, et répondait à un sentiment de vengeance ; son exagération ne pouvait être atténuée par le juge, soit à l'avance et d'une façon préventive, par une *taxatio*, soit après coup par une réduction. Il n'y avait à cette rigueur qu'un tempérament : c'était que la délation du serment était non pas obligatoire, mais simplement facultative pour le juge (L. 4, § 2 ; 5, § 2, D., XII, 3). Dès lors, il n'abandonnait au demandeur cette arme redoutable que s'il présentait certaines garanties morales, si c'était un homme capable de scrupules, et dont le serment offrait quelque valeur. Au cas contraire, il faisait lui-même l'estima-

(1) Canius, thèse, Paris, p. 64 et s.

tion de l'intérêt en litige. Cependant la prévision du juge devait être parfois trompée; le demandeur pouvait saisir l'occasion de réaliser un gain considérable, au mépris de toute bonne foi et de toute justice. Avec le temps le droit s'humanisa et tendit à se rapprocher de l'équité. Le caractère pénal de certaines condamnations civiles s'effaça pour ne laisser subsister que l'idée de réparation de préjudice (Iehring, *De la faute en droit privé*). Dans les actions de bonne foi, Ulpien admet la possibilité d'une *taxatio* (4, 2°, *in f. De in. lit. jur.*). Il semble bien l'exclure par là dans tous les autres cas; les pouvoirs très larges du juge dans les instances de bonne foi justifiaient seuls cette faculté. Néanmoins, ce correctif était si équitable qu'il fut peu à peu étendu. Ulpien lui-même le reconnaît dans l'action *ad exhibendum* (3, § 2, X, IV), et Paul, son contemporain, dans les actions de dol et *quod metus causa* (18 pr., IV, III). Il y eut plus de difficulté pour la revendication. Ulpien, dans notre loi 68, dénie au juge le pouvoir d'imposer un maximum; mais Marcien le lui accorde d'une façon absolue (5, § 1, *De in lit. jur.*). Il y avait donc divergence entre les juriconsultes. L'insertion au Digeste des deux opinions opposées rend douteuse la question de savoir laquelle prévalut. Je pense que ce fut celle de Marcien, comme étant la plus équitable.

Que le serment fût ou non soumis à une *taxatio* préalable, le juge pouvait-il, après la prestation, réduire l'es-

timation du demandeur? Il se produisit ici la même évolution progressive qu'en matière de *taxatio*. Ulpien donne à ce droit de réduction un caractère très exceptionnel : *ex magna causa et repertis probationibus* ; il fallait qu'il y eût une exagération démesurée, et que le juge en possédât des preuves certaines. Marcien est moins exigeant ; il dispense le juge de toutes conditions ; du moment qu'il acquiert, après coup, la conviction que le défendeur ne doit pas tout le montant de l'estimation, ou même qu'il ne doit rien du tout, il pourra réduire la condamnation à de justes limites, ou même prononcer l'absolution.

Si ce n'est pas par dol que le défendeur a cessé de posséder, il ne doit être condamné qu'à indemniser le demandeur d'après une juste estimation faite par le juge de ses intérêts. C'est, je pense, à cette hypothèse que se réfère Gaius (IV, § 163), lorsque, supposant une action arbitraire exercée à la suite d'un interdit, il déclare qu'à défaut de restitution ou d'exhibition, la condamnation sera prononcée seulement *quanti ea res est*, en d'autres termes, qu'elle aura pour objet de justes dommages-intérêts.

Ulpien conclut enfin en généralisant les diverses solutions données par lui pour le cas d'une revendication : « Cette doctrine, dit-il, est générale et concerne toutes les actions, dans lesquelles il y a lieu à quelque restitution ordonnée par le juge, en vertu de son *arbitrium*, qu'il s'agisse d'interdits, d'actions *in rem* ou *in personam*. »

CHAPITRE VI

DE L'ARBITRIUM SOUS LA PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE

Les condamnations peuvent avoir lieu désormais *ad ipsam rem*, c'est-à-dire qu'elles ont pour objet, quand c'est possible, des prestations exactement conformes au droit du demandeur, et ces condamnations s'exécutent par la force. Cela faisait disparaître la principale raison d'être de l'*arbitrium*, qui consistait à procurer au demandeur une satisfaction en nature, satisfaction qu'une condamnation, nécessairement pécuniaire, était impuissante à lui fournir.

Cependant l'*arbitrium* subsista, ainsi que le prouvent les nombreux textes du Digeste que nous avons parcourus, et particulièrement le § 31, *De action.*, des Institutes. Quelle en était l'utilité ?

Dans les actions *de dolo* et *quod metus causa*, l'*arbitrium* a le même intérêt que par le passé : éviter l'infamie au défendeur dans la première action ; lui éviter une condamnation au quadruple, dans la seconde.

Quand le droit du demandeur exige l'intervention personnelle du défendeur, l'emploi de la force directe est impossible. Il constituerait une atteinte à la liberté individuelle, et il serait complètement inefficace en général. Celui qui s'est engagé envers un créancier à peindre, à chanter, à accomplir un acte juridique, ne saurait être forcé matériellement d'exécuter son obligation. Il en est de même de celui qui a promis de livrer un meuble, et qui le tient sûrement caché.

Dans tous ces cas, on ne peut, pour obtenir l'exécution en nature, que recourir à une contrainte morale. Elle résultait d'une condamnation excessive, fixée par le demandeur lui-même, et qui était la conséquence du refus du défendeur de fournir la satisfaction ordonnée par le juge.

Ce procédé de coercition, pour être indirect, n'en était pas moins énergique ; il devait être en général efficace et procurer intégralement au demandeur, quand cela était possible, ce qui lui était dû.

CHAPITRE VII

Y A-T-IL, DANS NOTRE DROIT FRANÇAIS, UN MOYEN DE PROCÉDURE ANALOGUE A L'ARBITRIUM JUDICIS ?

Quel que soit, dans notre droit, l'objet d'une obligation, une dation, un fait, une abstention, c'est cet objet même que le débiteur doit fournir; sinon, dans l'action qu'intente l'ayant droit, il conclut à la prestation même de l'objet dû toutes les fois qu'elle peut encore être fournie utilement, et c'est cette prestation qui doit faire l'objet de la condamnation.

Ainsi, il ne faut pas prendre à la lettre l'art. 1142 du Code civil, d'après lequel il semble que les obligations de faire se résolvent toujours en une condamnation pécuniaire. Notre juge français condamne le débiteur à faire ou à ne pas faire.

Cette condamnation est bien analogue au *jussum* que prononçait le juge romain en vertu de son *arbitrium*. Seulement le *jussum* précédait d'un temps plus ou moins long la condamnation; celle-ci venait ensuite, en cas d'inexécution, réprimer la résistance du

défendeur par des dommages-intérêts qui constituaient une véritable peine. Chez nous, le juge, dans un seul et même acte, la condamnation, ordonne l'exécution de la prestation due, et fixe, par avance, des dommages-intérêts, pour le cas où elle n'aurait pas lieu ; ceux-ci n'ont d'ailleurs que le caractère d'indemnité.

Lorsque l'exécution de l'obligation exige l'intervention personnelle du débiteur, il y a des cas où la résistance pourrait être vaincue par la force. Cependant, on ne pourra avoir recours à ce moyen, quand il supposera des violences sur la personne.

Un chanteur s'est engagé envers le directeur de la scène A à ne pas chanter sur la scène B. Au mépris du contrat, il vient jouer sur cette dernière scène tous les soirs. Le tribunal condamnera l'artiste à ne pas paraître sur la scène B, mais il ne pourra ordonner que le chanteur qui enfreindra cette défense soit saisi sur la scène prohibée, et emmené *manu militari*. Une jolie femme a promis au directeur d'un café de se montrer tous les soirs dans son établissement (1). Le tribunal la condamnera à y paraître ; mais la condamnation ne saurait être exécutée *manu militari*.

Dans ces cas, le juge devra prévoir l'inexécution de la condamnation, et prononcer des dommages-intérêts. La prestation de l'*ipsa res* n'est pas plus possible dans notre droit que chez les Romains.

(1) Voyez ces exemples dans Mourlon, t. II, n° 1138.

Quand l'exécution pourra être procurée par le moyen d'un tiers, le juge français, à la différence du juge romain, pourra autoriser le demandeur à recourir à ce procédé; le défendeur en payera bien entendu tous les frais. Vous vous êtes engagé à me bâtir une maison sur tel plan. Le tribunal vous condamnera à le faire, et m'autorisera, si vous n'exécutez pas dans un certain délai, à faire construire, à vos frais, par un autre entrepreneur. De même, si, contrairement à la promesse que vous m'avez faite, vous construisez un mur, le juge vous condamnera à le démolir, et m'autorisera, si vous résistez à cet ordre, à le faire détruire à vos frais.

Si l'intervention personnelle du défendeur est indispensable, et ne peut être suppléée par le fait d'un tiers, le juge devra le condamner, s'il n'exécute pas dans un délai fixé, à des dommages-intérêts. Ce sera le cas d'appliquer l'art. 1142. Dans cette fixation de dommages-intérêts, je crois qu'il existe une différence capitale avec le droit romain. Ils ne peuvent être, selon moi, comminatoires, c'est-à-dire constituer un moyen de contrainte indirect, analogue à la condamnation prononcée par le juge romain par suite du *juramentum in litem*.

Ce principe a cependant été contesté et méconnu en pratique. Un défendeur a entre les mains certains titres, certaines pièces, à la restitution desquels le demandeur a droit. Le tribunal le condamne à faire la remise des pièces dans un certain délai, passé lequel il devra payer

500 francs par jour de retard. Cette somme ne représente pas la réparation du préjudice causé au demandeur. C'est une menace, un moyen de contrainte, pour forcer le défendeur à exécuter l'obligation. En cas d'inexécution, les dommages-intérêts ne sont pas définitivement encourus. Le défendeur saisit le tribunal à nouveau, fait valoir des excuses, et peut obtenir une réduction. Il y a ainsi deux jugements. Le premier condamne le défendeur à l'exécution, en le menaçant d'une peine sévère, s'il résiste. Le second règle cette peine.

Cette pratique a été consacrée par un arrêt de la Cour de Paris, du 20 juin 1866 (D., 1869, 1, 39) (1).

Elle est fort critiquable. Le deuxième jugement, qui modifie la condamnation prononcée par le premier, porte atteinte au principe de l'autorité de la chose jugée. Quant au premier jugement, il viole l'art. 1142. Ce texte ne permet de condamner le débiteur récalcitrant, qu'à des dommages-intérêts. Cette expression ne comprend que la réparation du préjudice causé; elle exclut l'idée de menace (Laurent, t. XVI, n° 301).

Dans certains cas sans doute, le juge pourra légitimement condamner le défendeur à tant par jour de retard. Il en sera ainsi quand cette somme représentera exactement le préjudice causé par l'inexécution (voy. Dall., 1849, 2, 126 et 1854, 1, 297).

(1) Voy. Aubry et Rau, t. IV, p. 41, § 299.

Les dommages-intérêts sont aussi prononcés par les tribunaux à titre de peine. Elle est encourue définitivement, quand l'objet même de la condamnation n'est pas accompli dans le délai fixé. Un jugement prononçant séparation de corps, ordonne au père de remettre les enfants à leur mère, et le condamne, s'il n'obéit pas dans les vingt-quatre heures, à payer 100 francs par jour de retard. Il est clair que cette somme ne constitue pas une indemnité, la réparation d'un préjudice. Elle a pour objet de punir le défendeur qui désobéit à la justice, de même que la condamnation prononcée sur le *juramentum* réprimait la résistance au *jussum judicis*. Cette sorte de condamnation pécuniaire, *pænæ nomine*, n'est donc pas moins contraire à l'art. 1142, que celle qui est prononcée à titre de menace (Laurent, t. XVI, n° 302; Demolombe, t. XXIV, p. 488, n° 496 et 497).

En résumé, lorsque la prestation réclamée peut être fournie en nature, notre tribunal condamne le défendeur à cette prestation même, de même que le juge romain la lui imposait en vertu de son *arbitrium*. Mais, tandis que ce dernier examine, après coup, le cas de désobéissance au *jussum*, notre tribunal prévoit d'avance, dans son jugement, l'inexécution de la condamnation. Dans ce cas, il peut ordonner, si c'est possible, que la prestation sera fournie par un tiers, aux frais du défendeur.

Enfin et surtout la condamnation pécuniaire, en pré-

sence de la résistance du défendeur, a, chez les Romains, un caractère de contrainte indirecte et de peine ; au contraire, il ne peut y avoir lieu chez nous qu'à des dommages-intérêts, c'est-à-dire à une indemnité, exactement calculée d'après le préjudice éprouvé par le demandeur.

DROIT FRANÇAIS

DES LEGS AUX PERSONNES MORALES

CHAPITRE PREMIER

DES PERSONNES MORALES EN GÉNÉRAL ; LEUR DIVISION.

UTILITÉ DES LEGS QUI LEUR SONT ADRESSÉS

Les personnes morales ou civiles sont des êtres fictifs, que le droit admet pour répondre à certains intérêts. Elles ont un patrimoine, des droits, des obligations, et figurent par des représentants dans les divers actes juridiques servant à créer et à transmettre les droits.

Dans la vie sociale, les habitants d'un même pays ont des besoins communs et permanents, auxquels l'initiative privée ne saurait satisfaire. Il faut un orga-

nisme, doué de forces et de ressources propres, indépendant des destinées individuelles et toujours le même à travers les générations qui se succèdent. De là la création de l'État, la première et la plus nécessaire des personnes morales.

Les attributions de l'État sont plus ou moins étendues, selon les régimes politiques ; d'ordinaire, elles se bornent aux services les plus généraux, tels que la défense du pays, la justice, la sûreté publique.

Au sein de l'État, les habitants d'une même région ont aussi des intérêts qui leur sont propres. Ces intérêts ont leur résultante dans une personne morale. Telles sont ces personnalités qu'on appelle départements, communes, sections de communes.

Les services dont l'État et la commune sont chargés sont si nombreux, que parfois ils en confient quelques-uns à des personnes morales spécialement érigées dans ce but. Celles-ci se trouvent ainsi sous la dépendance de l'État et de la commune dont elles forment des auxiliaires et en quelque sorte des succursales ; elles n'agissent que sous le contrôle et la direction de l'autorité publique ou municipale.

Ainsi l'État charge de l'instruction publique, les facultés, les lycées. Il confie le service religieux aux évêchés, chapitres, séminaires diocésains, cures, succursales, en ce qui concerne la religion catholique, aux paroisses pour le culte protestant, aux synagogues pour le culte israélite.

De même la commune charge les *hospices* de recevoir les indigents dans des établissements ouverts à cet usage pour leur y donner des soins, le bureau de bienfaisance de leur porter des secours à domicile, la *fabrique* de veiller au service du culte dans l'église, en préparant les ressources et en réglant les dépenses.

Les personnes morales que je viens d'énumérer constituent des établissements publics. Ceux-ci se lient d'une façon intime à notre organisation administrative, car ils sont des auxiliaires de l'État et de la commune. Les services auxquels ils se consacrent ont un caractère de nécessité. S'ils venaient à perdre l'existence juridique, l'État ou la commune devraient se substituer à eux.

La personnalité de l'État naît avec la formation d'une société et la constitution d'un pouvoir social : elle est nécessaire. La commune est aussi une personne morale naturelle ; le souverain ne la crée pas, il se borne à la reconnaître comme les personnes véritables, à régler ses droits, ses obligations, son organisation, son fonctionnement.

Quant aux établissements publics, ils émanent de la volonté du souverain qui les crée ou les supprime, selon qu'il croit bon ou inutile d'incarner certains services publics en une personne morale distincte.

Il y a une autre catégorie de personnes morales qui portent le nom d'établissements reconnus d'utilité publique.

Ceux-ci, comme les établissements publics, sont créés pour répondre à des besoins généraux, à des intérêts communs à des groupes plus ou moins considérables, mais ils sont dus à l'initiative privée. Des hommes dévoués à une œuvre philanthropique ou religieuse les fondent pour l'accomplir. Le pouvoir public ne fixe pas les règles d'organisation et d'attributions : c'est là l'objet des statuts. Il se borne à les homologuer ; il déclare, s'il y a lieu, que l'établissement fondé indépendamment de lui, est d'utilité publique ; il lui accorde la personnalité morale pour faciliter son fonctionnement. Il ne dote pas cet établissement, mais il lui donne la capacité d'acquérir sous certaines conditions. En encourageant et en soutenant ainsi ces fondations privées, l'État accomplit sa mission, consistant à améliorer la condition matérielle et morale des citoyens.

Bien entendu l'État contrôle la gestion de ces établissements et ce droit de surveillance a une sanction aussi radicale que simple. S'il juge qu'un établissement a cessé d'être utile aux intérêts publics tels qu'il les comprend lui-même, il lui retire la personnalité.

Citons, dans cette catégorie de personnes morales, les congrégations religieuses reconnues, les sociétés de secours mutuels, monts de piété, associations syndicales, sociétés savantes, artistiques, littéraires.

De bonne heure les législateurs ont accordé aux sociétés de commerce la puissance de la personnalité

morale. Cette force, qui résulte d'une grande concentration de capitaux sous une direction unique, a été portée de nos jours à son apogée par le mécanisme de l'action. Ces personnes morales ne servent que d'une façon indirecte les intérêts publics; elles ne sont fondées que comme un moyen de gagner de l'argent. Ceux qui les créent, les dirigent, leur apportent des capitaux, ne cherchent qu'à s'enrichir.

Aussi le pouvoir public n'intervient-il pas chaque fois qu'une société se fonde. Il reconnaît ici la personnalité d'avance et d'une façon générale. Autrefois cependant, et en vertu de l'art. 37 du Code de commerce, les sociétés anonymes, à raison de leur influence considérable et des nombreux intérêts qu'elles mettent en cause, étaient assujetties à la nécessité d'une autorisation administrative donnée dans la forme des règlements d'administration publique. Mais la loi du 24 juillet 1867, dans son art. 47, a abrogé cet article 37 et établi le régime de liberté absolue.

En principe, pour nous résumer, les personnes morales sont créées par une décision spéciale du souverain. Pour les sociétés commerciales seulement, la personnalité est admise d'une façon générale.

Ce principe n'est d'ailleurs pas posé d'une façon formelle dans nos lois. Nous n'y trouvons pas même l'expression de personne morale, si ce n'est dans la loi du 5 avril 1884, art. 3, § 3. Mais un grand nombre de textes l'impliquent, en fixant les conditions

auxquelles les divers établissements seront reconnus par la loi et auront un patrimoine. La condition essentielle consiste dans une reconnaissance du pouvoir public. L'autorité compétente pour la faire varie d'ailleurs selon les cas. Ce peut être le législateur, le chef de l'État ou même simplement le préfet. Aucun texte, au contraire, n'exige l'intervention administrative pour la fondation des sociétés. Loin de là, l'art. 37 du Code de commerce qui, par exception, exigeait l'autorisation par décret des sociétés anonymes, a été abrogé.

A supposer les personnes morales valablement constituées, l'une des plus grosses questions du droit civil est de rechercher leur capacité. A cet égard aucune théorie générale dans la loi. On y trouve seulement des dispositions éparses réglant les conditions auxquelles ces personnes pourront faire certains actes.

Nous devons nous occuper spécialement dans ce travail de leur capacité de recevoir par testament.

Quant aux sociétés de commerce et aux sociétés civiles personnifiées, mon opinion est qu'elles sont absolument incapables de recevoir des legs. Créées pour la spéculation, elles doivent en vivre et ne sauraient puiser des ressources dans des libéralités. La question a d'ailleurs peu d'application, car de telles libéralités sont fort rares.

Il n'en est pas de même des legs adressés aux établissements publics ou reconnus d'utilité publique. Ces établissements procurent au public des services

en général gratuits; leur œuvre les appauvrit. Certes les établissements publics n'ont pas pour unique ressource la générosité privée. Leurs services ayant un caractère nécessaire et rentrant dans les attributions ordinaires de l'Etat ou de la commune, la loi a dû pourvoir à leur fonctionnement par des moyens réguliers et certains. Pourtant ces services concourant au bien-être des hommes ou à leur élévation intellectuelle, des libéralités sont fréquemment faites par des philanthropes pour en favoriser le développement. Ces ressources, pour n'être pas nécessaires, n'en sont pas moins parfois très importantes et très utiles. Ainsi les bureaux de bienfaisance et les hospices qui, à la rigueur, pourraient fonctionner au moyen des taxes et des subventions allouées par les conseils généraux ou municipaux, acquièrent des moyens d'action infiniment supérieurs, grâce aux ressources que mettent à leur disposition des personnes charitables.

Les libéralités privées doivent au contraire, à elles seules, composer le patrimoine des établissements d'utilité publique. Fondés par des sacrifices volontaires en vue d'une œuvre à accomplir, d'une cause à défendre, ils doivent subsister et se développer par la générosité de particuliers qui y sont dévoués. Ces libéralités se font en général par testament, car de cette façon elles se concilient avec le désir naturel à chacun de ne pas se dépouiller de son vivant.

CHAPITRE II

CAPACITÉ DES PERSONNES MORALES DE RECEVOIR PAR TESTAMENT

Le texte fondamental en notre matière est l'art. 910 du Code civil : « Les dispositions entre-vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par une ordonnance royale ».

Ce texte paraît bien supposer que la disposition s'adresse à un établissement existant, c'est-à-dire légalement reconnu comme personne morale. Mais *à quelle époque* exactement faut-il que cette reconnaissance ait eu lieu ? à celle de la confection du testament, à celle du décès, ou même seulement à une époque ultérieure, celle où il s'agit d'exécuter le legs ? C'est là une question délicate qui a donné lieu à bien des controverses, et qu'il nous faut examiner avec soin.

Tout d'abord il me paraît certain qu'on ne doit pas exiger la personnalité dès le moment où la disposition a été faite.

Le contraire a été soutenu, notamment dans un arrêt de rejet du 27 novembre 1848 (D. P., 1848, 1, p. 225). Je lis dans cet arrêt : « La capacité, soit pour donner, soit pour recevoir, doit exister et au moment de la confection du testament, et au moment de l'ouverture de la succession ».

La Cour invoque la règle catonienne. D'après cette règle, si, à supposer le testateur mort immédiatement après la confection du testament, le legs aurait été nul, il ne peut devenir valable *tractu temporis* et reste nul. C'est dire que, pour qu'un legs soit efficace, il faut qu'à l'origine il ait pu valoir en supposant le décès survenu aussitôt après cette confection. Cela implique l'existence et la capacité du légataire à cette époque. Donc, dans notre espèce, il faut que la reconnaissance ait été accordée à l'établissement lorsque le testateur dispose à son profit.

La règle catonienne a été à bon droit critiquée comme arbitraire et illogique. Elle considère comme devant produire immédiatement son effet une disposition faite pour le décès du testateur et qui ne devra s'exécuter qu'à cette époque. Notre Code civil a-t-il entendu consacrer cette ancienne règle romaine?

Consultons les ouvrages qui ont le plus inspiré les

rédacteurs du Code civil ; nous les voyons combattre la règle catonienne. Domat et Ricard l'attaquent comme arbitraire (Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. I, sect. II, n° 31, note, p. 344 ; Ricard, *Donations*, t. I, p. 209, n° 829 et 830). Pothier la traite de subtilité (*Introduction au titre XVI de la Coutume d'Orléans*, n° 41. — Voyez encore Merlin, *Répertoire* au mot *légataire*, § 3, n° 1 ; Toullier, t. III, 1, p. 57, n° 90 ; Grenier, t. I, p. 630, n° 140 ; Troplong, t. I, p. 154, n° 435 et 436 ; Aubry et Rau, t. V, p. 154, note 9, § 650).

Il est assez naturel de croire que le législateur a entendu suivre la doctrine générale rapportée par ces auteurs, parmi lesquels se trouve Pothier, son guide ordinaire. Il n'est guère probable qu'il ait voulu mettre en vigueur une disposition si critiquée par des écrivains ayant toute sa confiance. Si telle avait été son intention il n'aurait pas manqué de l'exprimer formellement.

Voyons les textes. L'art. 895 me paraît contredire la règle catonienne. « Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer. » C'est dire que le testament est fait pour l'époque de la mort et qu'il n'aura d'effet qu'à ce jour. Jusque-là il n'est qu'un simple projet qui ne regarde que le testateur, et dont celui-ci est souverain maître. Donc, lors de la confection du testament, aucun

droit n'est ouvert au profit du légataire. Pourquoi dès lors exiger sa capacité ? Puisqu'il n'y a rien à recevoir, pourquoi demander la capacité de recevoir ?

A l'appui de la thèse de l'arrêt précité (D. P., 48, 1, 225), on présente l'argument suivant. Supposons que Primus veuille faire une donation à Secundus et que les parties ne se trouvent pas en présence. Primus ne pourra faire alors qu'une offre de donation. La donation ne sera accomplie et parfaite que plus tard, lorsque Secundus aura accepté l'offre.

A quelle époque Secundus, le donataire, doit-il être capable ? Bien entendu, il doit l'être au moment où il accepte l'offre, mais il faut aussi qu'il l'ait été au moment même de cette offre.

Or, le testament contient aussi une offre de libéralité au profit des légataires, offre dont l'acceptation est retardée jusqu'au décès, mais qui n'en est pas moins faite lors de sa rédaction.

Dès lors, on doit par analogie appliquer la décision précédente, c'est-à-dire exiger la capacité du légataire au moment de la confection du testament.

Le raisonnement précédent prend pour point de départ une proposition très contestée. Le plus généralement même on se contente de la capacité du donataire au moment de l'acceptation.

Mais, en tenant pour vraie cette proposition douteuse, on ne saurait en tirer la conclusion qu'on prétend. —

La disposition qui contient un legs ne constitue pas une offre. La preuve, c'est que le légataire ne peut pas l'accepter immédiatement. L'acceptation qui interviendrait serait un acte absolument nul. Non seulement elle ne ferait pas acquérir un droit actuel au légataire, mais elle ne lui procurerait même pas un droit éventuel, subordonné à la vérité à la condition de la survie du légataire, mais indépendant de la volonté du testateur. Le testament est et reste un projet que le testateur modifie ou révoque à son gré (art. 895). Ce projet ne devient une offre qu'au jour du décès.

Enfin, l'art. 906 me semble trancher la question à mon profit d'une façon très nette. D'après ce texte, « pour recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque de la mort du testateur ». Ainsi, un enfant simplement conçu lors du décès du testateur peut recevoir un legs.

Or, il n'existe pas lors de la confection du testament. Je peux supposer de plus qu'il n'est même pas conçu à cette époque. — Donc il n'est pas nécessaire, pour être capable de recevoir un legs, de jouir de la personnalité lors de la rédaction de la disposition.

Ma conclusion est qu'il ne faut pas se préoccuper de la capacité du légataire pendant le temps qui a précédé le décès. L'établissement jouit assez tôt de la personnalité s'il est reconnu à ce moment.

S'il ne l'est pas encore, le legs est-il définitivement

caduc? ne peut-il valoir en vertu de la reconnaissance qui intervient postérieurement?

Je crois que le legs tombe d'une façon absolue; il faut, à mon avis, que l'établissement légataire soit reconnu à l'époque du décès. Cela résulte du double principe que le droit au legs s'ouvre au décès, et que le légataire doit être capable lors de l'ouverture de son droit.

Quelques interprètes, dans l'intérêt des établissements reconnus postérieurement au décès, mais existant de fait à cette époque, ont soutenu de la façon suivante la validité du legs. Certes, il faut exister lors du décès pour pouvoir recevoir un legs; mais, à cette époque, l'établissement gratifié est-il, bien que non autorisé, inexistant?

Il est difficile de regarder comme n'ayant aucune existence un établissement qui fonctionne, qui de fait se consacre à une œuvre utile. Cette œuvre n'a pas changé entre le décès et la reconnaissance. Les quelques mois, peut-être les quelques jours, qui se sont écoulés ont laissé les choses exactement dans le même état. Or la situation actuelle de l'établissement paraît telle qu'il y a lieu de le déclarer d'utilité publique, et l'on prétendrait qu'au jour du décès il n'y avait rien?

Disons donc que dès ce jour l'établissement existait au moins en puissance et que, s'il n'avait pas la personnalité d'une façon complète, il l'avait du moins en

germe ou, si l'on veut, il était apte à l'acquérir. Ce germe, cette aptitude ne se développeront, ne seront efficaces que si la reconnaissance est accordée, mais ils préexistent, et ils suffisent pour donner, sous cette condition, capacité à l'établissement.

Remarquons, pour éclairer cette solution et la fortifier par l'analogie, que notre hypothèse ressemble beaucoup à celle d'un legs fait à un enfant qui, au jour du décès, est simplement conçu. A cette époque, cet enfant n'est pas une personne. Cependant il n'est pas inexistant; il a, lui aussi, la personnalité en germe; il est, dès à présent, apte à devenir un être juridique. Cela suffit pour qu'il soit regardé comme sujet de droits dès le décès, sous la condition qu'en naissant vivant et viable, il devienne effectivement une personne dans la suite.

Enfin, ajoute-t-on, c'est méconnaître le sens naturel des mots que de dire que le législateur, ou le gouvernement sur sa délégation, crée une personne morale en quelque sorte instantanément, et par sa toute-puissance. La vérité est qu'il se borne à reconnaître, c'est-à-dire à déclarer après examen que tel établissement est d'utilité publique. Tout le rôle du pouvoir social consiste à constater un certain état de choses, l'organisation, le fonctionnement d'un certain service et son degré d'utilité pour le bien général. C'est cette situation qui fait vraiment la personnalité. Certes, cela n'a pas lieu de plein droit. Il faut une vérification officielle, une recon-

naissance de l'autorité préposée aux intérêts généraux, et chargée de les apprécier et d'y satisfaire. Mais cette reconnaissance d'utilité publique étant prononcée, la personnalité existe depuis le jour où se sont trouvées pleinement réalisées les conditions qui l'ont motivée. C'est la conséquence logique de l'effet simplement déclaratif de la décision du gouvernement.

Réfutons ces arguments.

Je reconnais que l'établissement gratifié pouvait, dès l'époque du décès, jouir d'une organisation très complète, être en plein fonctionnement, et présenter la même utilité publique qu'à l'époque de la reconnaissance. Souvent même ce sera par les soins du testateur qu'il aura été créé et mis en état d'accomplir son œuvre. Cependant il n'en est pas moins vrai que cet établissement n'étant pas reconnu lors du décès, ne constituait pas en droit une personne : il n'existait pas légalement. C'est là le seul point qui doive nous préoccuper, puisque nous examinons la capacité nécessaire pour acquérir un droit.

Quant à l'argument d'analogie consistant à assimiler au point de vue de la capacité de recevoir l'établissement existant seulement de fait à l'enfant simplement conçu, bien des raisons doivent le faire écarter. La disposition de l'art. 906 est exceptionnelle, et on n'en peut argumenter que *a contrario*.

Le principe, admis d'ailleurs dans l'opinion opposée, c'est que pour être capable de recevoir un legs, il faut

exister à l'époque du décès. Logiquement, on devrait en conclure que l'enfant simplement conçu à ce moment est incapable, car il n'a pas d'existence physique, propre, indépendante, individuelle. C'est donc par une disposition anormale, exceptionnelle, que l'art. 906 valide le legs fait à cet enfant.

Il faut, dès lors, appliquer la règle d'interprétation : *exceptiones sunt stricti juris*. Puisque nous n'avons pas, pour les établissements qui n'existent que de fait à l'époque du décès, un texte semblable à l'art. 906 relatif aux enfants conçus, on doit appliquer le principe et décider qu'ils sont incapables.

Les jurisconsultes romains ont rendu compte de la faveur faite aux enfants conçus concernant les conditions de capacité au moyen d'une fiction : « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur* ». Cette fiction « *pro nato* » a toujours été maintenue, et notre art. 906 n'a fait, en la consacrant, que se conformer à la tradition. Aucune fiction de ce genre n'a été admise en ce qui concerne les établissements qui ne sont reconnus qu'après le décès. Nulle part, le législateur ne les tient pour reconnus avant le jour de la reconnaissance réelle, en vue de leur procurer certains avantages.

Rien n'est plus grave que d'établir des fictions, puisque leur effet est de transformer par la pensée une situation, et de la régler non pas pour ce qu'elle est réellement, mais pour ce qu'on la suppose être. C'est

pourquoi, en l'absence d'un texte exprès, l'interprète ne saurait admettre des fictions, quelles que soient les raisons d'analogie qui lui apparaissent.

Il faut nous en tenir à la réalité des choses. L'établissement gratifié n'existait pas lors du décès; donc il est incapable.

D'ailleurs l'analogie invoquée n'existe guère. L'intérêt qu'inspirent les libéralités adressées aux enfants et destinées à faciliter leur entretien et leur éducation, justifie très bien la faveur de la fiction *pro nato*. Aucune considération de ce genre ne milite pour les établissements. Les legs qui leur sont adressés inspirent, au contraire, au législateur des doutes sur la sincérité de la disposition et sur la bonté des sentiments qui l'ont dictée, et des craintes à raison de l'atteinte portée à l'esprit de famille.

D'un autre côté, il y a peu d'inconvénients à déclarer valable le legs fait à l'enfant conçu. On ne tardera pas à être fixé sur le sort de la disposition. L'accouchement aura lieu dans un délai de dix mois. On verra alors si l'enfant est vivant et viable, et si, par suite, il y a lieu, en appliquant la fiction *pro nato*, de valider le legs. Au contraire, quand le legs s'adresse à un établissement non reconnu à l'époque du décès, la reconnaissance peut ne venir que dans un an, dans deux ans, peut-être dans vingt ans.

« L'héritier, dit M. Alfred Gautier, sera-t-il, pen-

dant trente ans, sous le coup d'une action en délivrance (1)? »

Remarquons qu'il ne s'agit pas d'un délai à compter à partir du décès.

La prescription de l'action en délivrance ne peut commencer qu'à partir de l'acte du gouvernement qui érige l'établissement gratifié en personne morale. Jusque-là, cette action n'existe pas et ne peut se prescrire. Ainsi, si la reconnaissance est indéfiniment retardée, l'héritier est indéfiniment exposé à la demande en délivrance.

Quant à la prescription acquisitive des biens légués, il est vrai qu'étant accomplie, elle mettra le possesseur à l'abri de l'action du légataire; mais l'héritier pourra-t-il la réaliser? Je ne le crois pas; il est, en effet, relativement à ces biens, dans la position de détenteur précaire, car il est, en vertu du testament, débiteur des biens légués vis-à-vis de l'établissement légataire. Ce vice de précarité affectera aussi la possession à l'égard des héritiers de l'héritier. De cette façon, l'héritier et ses héritiers ne pourront jamais, par la prescription acquisitive, se soustraire à l'action en délivrance du légataire.

Voilà des difficultés considérables qui montrent combien notre hypothèse est différente de celle de l'art. 906,

(1) *Revue critique de jurisprudence en matière civile*, t. XLIV, p. 145 et suiv.

et combien on ouvrirait de débats obscurs si on voulait la résoudre de la même façon, c'est-à-dire dans le sens de la validité du legs.

L'argument tiré du mot reconnaissance ne me touche guère. Il indique, dit-on, que la personnalité de l'établissement est simplement constatée par le gouvernement, qu'elle date en réalité de l'époque où il s'est trouvé constitué tel qu'il paraît lors de la reconnaissance, époque généralement bien antérieure au décès. — Ce raisonnement : buse du mot reconnaissance. La personnalité ne préexiste pas à cet acte. Un établissement ne devient un sujet de droits qu'en vertu et à partir de la déclaration du pouvoir social. Ce qui se produit alors, ce n'est pas la reconnaissance, mais bien la constitution d'une personnalité.

Il est bien vrai que le souverain ne crée pas l'utilité de l'établissement ; aussi dit-on qu'il la reconnaît. L'utilité publique n'est, si l'on veut, que constatée par l'acte du pouvoir ; elle préexiste à cet acte, mais la personnalité ne résulte et ne date que de cette déclaration. Par suite, l'établissement institué n'était pas une personne à l'époque du décès et dès lors il ne peut recueillir le legs.

Nous avons jusqu'ici raisonné dans l'hypothèse d'un legs pur et simple. Supposons maintenant que le testateur ait subordonné son legs à une condition suspensive.

Par exemple, il a écrit : « Je lègue telle somme à tel

établissement à la condition qu'il soit reconnu d'utilité publique; » ou bien encore : « Je lègue telle somme à tel établissement, si tel événement arrive. »

L'établissement gratifié n'est pas reconnu lors du décès, mais il l'est quand la condition s'accomplit. Le legs est-il valable?

Je crois qu'il faut distinguer deux cas, correspondant aux deux formules précédentes.

Premier cas. — Le testateur a subordonné le legs à la condition de la reconnaissance d'utilité publique.

On doit, à mon avis, regarder le legs comme pur et simple, et par conséquent le déclarer nul, puisque dans notre espèce l'établissement n'est pas reconnu au décès.

La condition de la reconnaissance, en effet, est inhérente, essentielle aux libéralités faites en faveur d'établissements. Si le testateur ne l'avait pas exprimée, elle serait nécessairement sous-entendue. Elle ne résulte pas de la volonté du testateur, mais bien de la nature même de la disposition et de la règle qu'un établissement ne jouit de la personnalité que s'il est reconnu. Le testateur, par l'apposition de cette condition, n'a pu produire d'autre résultat qu'en disant simplement : « Je lègue tant à tel établissement », et par suite son legs est nul.

Les jurisconsultes romains disent d'une telle condition qu'elle est *extrinsecus veniens*. Cela signifie qu'elle est indépendante du testateur. Elle résulte des circonstances extérieures, de règles étrangères à sa volonté.

Quand il s'agissait d'une condition proprement dite, tenant à la volonté du testateur, le *dies cedens* était reporté au jour de l'arrivée de la condition.

Au contraire, lorsque la condition était *extrinsecus veniens*, le *dies cedens*, comme au cas de legs pur et simple, avait lieu au décès (voy. au Dig. le fragment de Papinien, L. 99, *De condit. et demonstrat*, liv. XXXV, tit. I). En d'autres termes, le droit au legs s'ouvrait, et par suite, la capacité du légataire était exigée dès cette époque.

Notre solution est donc conforme à la raison et aux principes du droit romain.

On s'est cependant appuyé sur le droit romain pour soutenir que la condition : « si l'établissement est reconnu, » ou « s'il devient capable de recevoir », est une véritable condition, que dès lors la capacité n'est requise qu'à l'époque de la reconnaissance, c'est-à-dire justement à l'époque où elle naît, et qu'enfin le legs est valable.

Les lois caducaires avaient frappé certaines personnes de l'incapacité totale ou partielle d'être héritiers et légataires. Ces personnes pouvaient, à la vérité, figurer dans le testament, mais elles n'avaient pas le *jus capiendi*, et la disposition faite en leur faveur était inefficace. Bien entendu, si la situation qui les rendait incapables, le célibat ou l'*orbitas* cessait, le *jus capiendi* reparaisait.

Or, le *jus capiendi* était requis, si la disposition était

pure et simple, à l'époque du décès ou dans les cent jours suivants.

Quand le testateur voulait disposer au profit d'un *orbis* ou d'un *cælebs* et qu'il craignait que l'incapacité n'eût pas disparu lors du décès, il subordonnait sa disposition à cette condition ; *quum capere potuerit*. De cette façon, la capacité n'était exigée qu'à l'époque où elle était acquise. C'est ce que nous dit Ulpien dans la loi 51, D., *De leg.* 2°, liv. XXXI.

La même situation se présente exactement dans notre droit pour les établissements non reconnus. Pourquoi ne pas la régler de la même façon ?

Voici ma réponse : La décision romaine applique d'une façon abusive la règle qu'en cas de condition le *jus capiendi* n'est exigé qu'à l'époque de son arrivée.

La condition *quum liberos habuerit* ou *quum capere potuerit* est nécessairement et virtuellement comprise dans la disposition. En réalité, elle ne résulte pas de la volonté du testateur, car il ne pourrait s'en affranchir. Elle est, comme dit Papinien, *extrinsecus veniens*, et il y aurait eu lieu logiquement d'appliquer la règle posée par ce jurisconsulte dans le texte précité (L. 99, D., 35, 1) : *Conditiones extrinsecus venientes non faciunt legata conditionalia*. Mais les lois caducaires étaient en défaveur ; les incapacités qu'elles édictaient étaient impopulaires, réprouvées par les mœurs, et on cher-

chait les moyens de les éluder. Afin d'ouvrir aux *orbi*, aux *cælibes* et aux *patres solitarii*, le plus de chances possible de recueillir la libéralité, on traitait comme conditionnelle la disposition faite *quum capere potuerit*. De cette façon ils n'avaient qu'à devenir capables à une époque quelconque : la libéralité valait.

Mais les jurisconsultes même qui admettaient l'usage de ce procédé, reconnaissaient qu'il n'était pas conforme à la rigueur des principes sur l'effet de la condition au point de vue de la capacité de l'institué ou du légataire. Modestin nous dit que c'était par pure bienveillance pour les personnes atteintes par les lois caducaires, qu'on donnait effet aux dispositions dont nous parlons : « *In tempus capiendæ hereditatis institui heredem posse, benevolentia est : Lucius Titius, quum capere potuerit, heres esto.* »

En un mot, la décision romaine, bien loin d'avoir l'autorité d'un principe constitue une dérogation aux véritables règles. Elle s'expliquait par le désir d'écarter des lois impopulaires en désaccord avec les mœurs.

Il était d'ailleurs très conforme aux habitudes romaines d'agir par voie indirecte, pour éluder des lois qui avaient fait leur temps. On ne les abrogeait pas, mais on les rendait inutiles par l'intervention de certaines clauses, le jeu de certaines règles que l'on détournait au besoin de leur véritable signification.

Ainsi l'on ne saurait argumenter de la solution ro-

maine dans notre question. La règle qui exige la reconnaissance de l'établissement au décès pour la validité du legs, quand il est pur et simple, est très naturelle et, par suite, il n'y a aucun motif de l'éluder. D'ailleurs la clause employée dans ce but, n'a aucun caractère conditionnel proprement dit et ne saurait produire l'effet cherché. Enfin, dans notre droit, quand une règle paraît mauvaise, le législateur l'abroge, mais nous n'admettons jamais que les jurisconsultes la tournent, et en réalité la suppriment par certaines clauses insérées dans les actes.

Deuxième cas. — Le legs est soumis à une condition véritable. Le testateur a entendu, à tort ou à raison, faire dépendre sa libéralité d'un certain événement fortuit. Supposons que cette condition s'accomplisse et que l'établissement, non reconnu lors du décès, le soit lors de son arrivée. Le legs sera-t-il valable ?

Cette question est très controversée. Je vais défendre l'affirmative, bien que l'opinion contraire soit plus généralement suivie.

Le droit du légataire ne s'ouvre qu'à l'époque de l'arrivée de la condition. Jusque-là, non seulement l'exécution du droit ne peut s'opérer, mais le droit n'existe même pas.

Cette proposition peut s'appuyer sur l'art. 1040.

Cet article suppose que le légataire est mort après le décès du testateur, *pendente conditione*. Le texte décide que ses héritiers ne recueilleront pas le legs.

C'est dire que, dans le patrimoine de leur auteur, il ne se trouvait aucun droit aux biens légués, et que ce droit ne s'ouvre, ne prend naissance qu'au jour de l'arrivée de la condition.

Or, à quelle époque la capacité est-elle requise chez celui qui prétend acquérir un droit, si ce n'est à celle où le droit s'ouvre, où il est possible de le recueillir ? On ne saurait exiger chez une personne la capacité de recevoir alors qu'elle n'a rien à recevoir, qu'aucune libéralité ne lui est offerte. C'est au moment où le droit naît qu'il doit reposer sur la tête d'une personne capable, et qu'il faut se préoccuper de savoir si l'appelé peut en être titulaire. Il en résulte que l'établissement reconnu à l'arrivée de la condition est capable.

Cette théorie est tout à fait conforme au droit romain.

Pour les legs conditionnels, le *dies cedens*, jour de l'ouverture et de la fixation éventuelle du droit se plaçait à l'arrivée de la condition. On en déduisait d'abord que la *factio testamenti* devait exister à cette époque, non à celle du décès, et en second lieu que, si le légataire venait à mourir avant l'arrivée de la condition, le legs devenait caduc, et par suite se trouvait perdu pour ses héritiers.

Il est vrai, objecte-t-on, que dans la logique des idées, on devrait se contenter de la capacité du légataire lors de l'ouverture du droit, et ne pas l'exiger à l'époque du décès ; mais le Code civil pose nettement

la décision contraire, et l'interprète est obligé de s'y conformer, même en la jugeant défectueuse. En effet, il résulte de l'art. 906, qu'il faut être conçu lors du décès pour recevoir par testament. C'est bien exiger la capacité du légataire à l'époque du décès.

Mais, dira-t-on, ce texte ne s'applique pas aux legs conditionnels. Il ne les nomme pas, et il paraît probable que les rédacteurs du Code n'ont dû viser que l'hypothèse la plus fréquente, celle où le legs est pur et simple.

Cette objection méconnaît les précédents historiques de l'art. 906. Ils prouvent que la règle, qui exige la conception au décès, s'applique même aux legs conditionnels.

L'ordonnance de 1735 ordonnait, dans son art. 49, que l'enfant institué héritier fût conçu lors du décès.

Des doutes se manifestèrent sur le point de savoir si cette règle serait applicable à l'institution conditionnelle. Ils étaient d'autant plus sérieux que, dans l'ancienne jurisprudence, on se contentait de la conception lors de l'arrivée de la condition.

Le chancelier d'Aguesseau, qui avait pris l'initiative de cette ordonnance, et même contribué à sa rédaction, s'occupa de cette question dans une lettre adressée au Parlement de Provence (1). Il y avait lieu, d'après lui, d'exiger la conception lors du décès.

(1) Lettre du 23 novembre 1737; *Œuvres*, t. IX, p. 437.

C'est d'ailleurs ce qui résulte, à la lettre, du texte de l'ordonnance : « L'institution d'héritier faite par testament ne pourra valoir, en aucun cas, si celui ou ceux au profit de qui elle aura été faite n'étaient ni nés ni conçus lors du décès du testateur. »

« En aucun cas, » cela paraît bien comprendre même le cas où l'institution est conditionnelle.

On objectait que le droit de l'hérédité ne s'ouvre pour l'institué qu'à l'arrivée de la condition, et que la capacité de recevoir à cette époque doit suffire. — D'Aguesseau, dans la lettre précitée, fait remarquer que l'hérédité ne doit pas rester un instant sans maître, qu'elle doit passer sans interruption du testateur à l'institué. Ce résultat exige tout d'abord que l'acquisition de l'hérédité, qui s'opère lors de l'arrivée de la condition, soit réputée avoir lieu au décès ; c'est l'effet de la rétroactivité de la condition ; mais il faut, en second lieu, que l'institué soit capable lors du décès ; pour cela, il est nécessaire que l'enfant soit bien réellement conçu au décès. La rétroactivité de la condition ne saurait faire considérer un enfant comme conçu, alors qu'il ne l'est pas. Dès lors, conclut d'Aguesseau, la transmission héréditaire ne pouvant, dans l'espèce, s'opérer dès le décès, on doit regarder l'institution comme caduque.

Notre Code civil, dans l'art. 906, a adopté la solution de l'ordonnance avec son caractère absolu. Que la disposition soit pure et simple ou conditionnelle, peu

importe ; il faut que l'enfant soit conçu au décès. Or, notons que dans l'art. 906 il s'agit des dispositions testamentaires en général, et non pas seulement des institutions d'héritier ou des legs universels. Ainsi, en résumé, dans la doctrine du Code civil, quand un legs, même particulier, est fait sous condition, bien que le droit au legs ne s'ouvre qu'à l'arrivée de la condition, la capacité est requise au décès

L'objection n'est rien moins que décisive. Je reconnais qu'un legs particulier fait sous condition à un enfant à naître n'est valable que si l'enfant est conçu au décès. Mais c'est là une décision anormale qui est probablement le résultat d'une inadvertance du législateur, et qui, par suite, ne saurait servir de base à un argument d'analogie. En effet, cette décision se concevait très bien pour l'institution d'héritier, d'après le motif donné par d'Aguesseau. Il fallait, à l'époque du décès, une tête capable sur laquelle pussent passer immédiatement, et sans interruption, les droits du testateur.

Cette explication serait encore de mise aujourd'hui au cas de legs universel fait sous condition à un enfant à naître, alors qu'il n'y a pas de réservataires, et que par conséquent la saisine doit appartenir au légataire.

Mais, si l'on suppose un legs particulier, la saisine appartient à l'héritier du jour du décès (art. 724), et cela suffit à assurer la transmission immédiate de la totalité de l'hérédité. Dès lors, le motif donné par

d'Aguesseau pour expliquer la nécessité de la conception au décès ne s'applique plus, et l'on aurait dû s'attacher uniquement au principe, qu'il suffit d'être capable de recevoir au moment où le droit s'ouvre.

La solution du Code, dans notre espèce, présente donc une exception aux principes, et on n'en aperçoit pas la raison; il y a là une véritable bizarrerie. Les rédacteurs de l'art. 906 ont reproduit la solution de l'ordonnance, sans remarquer qu'ils élargissaient beaucoup l'hypothèse qu'elle prévoyait. Cette solution, logique, juridique en ce qui concernait l'institution d'héritier, choque les principes quand on l'applique aux legs particuliers. Ceci posé, l'interprétation par analogie n'est pas admissible. On doit limiter les décisions exceptionnelles au cas prévu.

Puis donc qu'il n'y a pas pour le cas de legs conditionnel adressé à un établissement de disposition semblable à l'art. 906, nous devons dire que, conformément aux principes, il suffira que cet établissement soit reconnu à l'arrivée de la condition.

Cependant si le legs est universel et qu'il n'y ait pas de réservataires, comme l'établissement doit avoir la saisine dès le décès, il faudra qu'il soit reconnu à cette époque.

Certains jurisconsultes, favorables aux établissements reconnus seulement après le décès, admettent qu'ils ne peuvent pas recevoir de legs, mais ils prétendent qu'ils peuvent recueillir des libéralités testamen-

taires faites sous forme de charge et de fidéicom-mis (1).

Supposons, par exemple, qu'un legs soit fait par Primus à Secundus dans l'intérêt de Tertius. A quelles conditions cette disposition sera-t-elle valable? Il faudra, ainsi que nous l'avons dit plus haut, que le légataire soit capable au moment du décès. Mais pour le fidéicommissaire, dit-on, aucun principe n'exige qu'il soit capable dès cette époque. Il suffira qu'il existe et soit capable lors de l'exécution volontaire ou forcée de la charge.

Même solution si le testateur, sans instituer de légataire, imposait à son héritier, une charge au profit d'un tiers. Il suffirait que celui-ci fût capable lors de l'exécution.

Revenant à notre hypothèse, il faut dire, d'après ces jurisconsultes, que si le testateur a grevé un légataire ou son héritier d'une charge en faveur d'un établissement non reconnu au décès, la charge ne deviendra pas caduque à raison de l'incapacité de l'établissement lors du décès, puisqu'elle ne constitue pas un legs. Seulement son exécution sera différée jusqu'à la reconnaissance.

(1) Voir dans le sens de la validité de la charge : Coin-Delisle, *Donations*, p. 97, art. 986, n° 6; Demolombe, t. XVIII, n° 583 et 590. Dans le sens de la nullité, Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 475, note *b* du n° 99. Note de Bertauld dans le recueil de Dalloz, D. P., 1869, 2, 225.

Il faut aller plus loin. Si le testateur a disposé sous cette forme : « Je laisse telle somme à tel établissement » et que celui-ci ne soit pas reconnu au décès, on regardera cette disposition non comme un legs, mais comme une charge imposée aux héritiers, qui s'exécutera quand l'établissement sera reconnu. Cette interprétation est naturelle, car pour les testaments, comme pour les conventions, quand une clause est susceptible de deux sens, on doit préférer celui qui lui fait sortir effet, à celui avec lequel elle n'en produirait aucun.

Si donc, en envisageant la disposition comme legs, elle serait caduque, tandis que comme fidéicommis, elle serait efficace, on devra lui donner cette dernière signification.

Est-ce à dire, continue-t-on, qu'une disposition faite au profit d'un établissement non reconnu au décès ne sera jamais définitivement caduque à ce moment? Cela pourra arriver. Il en sera ainsi quand le testateur aura dit : « Je lègue à tel établissement » ; un tel legs sera définitivement nul dès le décès, comme s'adressant au néant, mais il dépendra du testateur, en évitant ce mot « léguer », de sauver sa disposition d'une caducité immédiate et définitive.

En admettant ce système, la règle qui exige la capacité du légataire au décès peut être très facilement éludée. Au lieu de disposer sous forme de legs, on imposera une charge à l'héritier au profit de celui

qu'on veut gratifier. On aboutira même à effacer du Code, l'art. 906. Tout ce qui résulte de cet article, dira-t-on, c'est que l'enfant non conçu lors du décès, ne peut bénéficier d'un legs, mais il pourra très bien recueillir l'émolument d'une charge imposée en sa faveur.

Ainsi, Primus fait une libéralité à un enfant à naître. A sa mort, l'enfant n'est pas encore conçu ; il ne naît que deux ou trois ans après le décès. La disposition sera valable en l'envisageant non comme legs, mais comme une charge imposée à l'héritier.

Les conséquences du système tendent donc par elles seules à le faire écarter. Comment admettre une théorie dont les solutions consistent à éluder une règle certaine, traditionnelle, consacrée par l'art. 906, la règle que, pour être capable de recevoir par testament, il faut exister ou tout au moins être conçu lors du décès.

D'autre part, il paraît bien extraordinaire qu'une même libéralité soit valable, si on lui donne le nom de charge, nulle si on lui donne celui de legs. Est-il possible que la validité d'une disposition soit subordonnée à une certaine précaution, à un biais adroit, à une subtilité de procureur, que le sort d'une libéralité dépende de l'habileté du testateur, de la manière dont il a exprimé son intention ?

Mais attaquons la théorie en elle-même.

L'idée sur laquelle elle se fonde, c'est qu'il faut dis-

tinguer le fidéicommis du legs au point de vue de la capacité de la personne gratifiée.

Rien dans le Code n'autorise cette distinction, et les principes généraux de notre droit doivent la faire écarter.

Qu'une disposition testamentaire soit faite sous forme de charge ou sous celle de legs, c'est toujours une libéralité de dernière volonté. Notre législation n'admet pas les paroles sacramentelles, les formes solennelles, produisant par elles-mêmes certains effets. Elle n'a égard qu'à l'intention. Une même volonté doit produire les mêmes effets, alors même qu'elle apparaît sous des expressions différentes.

Aussi tout le monde est-il d'accord pour dire que les fidéicommis donnent lieu au rapport quand ils sont faits au profit d'un successible, à la réduction quand ils excèdent le disponible.

On doit décider de même que la règle exigeant la capacité au décès doit s'appliquer au fidéicommissaire.

Je trouve dans l'art. 906, la confirmation de ces observations. Cet article exige tout au moins la conception, lors du décès, de l'enfant qu'on veut gratifier. S'agit-il spécialement de legs? — Non pas. Par ces mots : « pour recevoir par testament », l'article désigne toutes les dispositions testamentaires. Il comprend les libéralités faites sous forme de charges aussi bien que les legs.

On me fait deux objections.

Première objection. — Chacun admet la validité d'une

charge faite pour la fondation d'un établissement. S'il s'agit de créer un établissement, je peux très bien imposer à mon héritier ou à mon légataire, l'obligation de payer telle somme pour cette institution. C'est ainsi que se pratiquent souvent les fondations les plus utiles portant sur des bureaux de bienfaisance, des hospices, des asiles, etc.

Notre hypothèse n'est-elle pas bien semblable? Sans doute l'établissement au profit duquel est faite la libéralité n'est pas à fonder; il existe de fait, il est organisé, il fonctionne, mais il n'est pas encore reconnu; il n'a pas d'existence légale; au point de vue du droit il est à créer. Pourquoi ne pas valider la charge comme dans le cas précédent?

Je réponds : Quand le testateur fait une disposition au profit d'un établissement à fonder, il a en vue le développement d'un certain service qui est en souffrance ou même complètement délaissé. Ce service, dont il veut faire l'objet d'un établissement spécial, rentre actuellement dans les attributions d'un établissement existant qui, faute de ressources ou d'une organisation convenables, ne s'en occupe pas d'une façon satisfaisante. C'est lui qui sera le véritable bénéficiaire de la charge. Les sommes léguées seront remises par l'héritier à cet établissement, et ses administrateurs veilleront à l'observation des volontés du testateur en ce qui concerne la fondation.

Par exemple, le testateur a dit : « Je charge mon

héritier de consacrer une somme de 10 à la fondation d'un bureau de bienfaisance dans ma commune ». La libéralité s'adresse en réalité à une personne morale existante, la commune, dans les attributions de laquelle rentre le service de la charité. L'autorité municipale devra alors accepter la libéralité avec l'autorisation du gouvernement ; puis, conformément aux volontés du testateur, elle se pourvoira auprès de l'autorité compétente pour obtenir la fondation d'un bureau. Dès qu'il sera constitué, elle remettra à son administration la somme léguée.

Il en sera de même si la charge a pour objet la fondation d'un hospice. La libéralité s'adressera encore à la commune, et elle sera acceptée et administrée par l'autorité municipale, ou, s'il y en a une, par la commission des hospices qui est une délégation de cette autorité.

C'est pour la même raison que, dans l'ancien droit, on validait les dispositions testamentaires, legs ou charges, faites en vue de la fondation d'un couvent ou d'un monastère. Les congrégations et ordres religieux constituaient alors des personnes morales, et la libéralité était considérée comme s'adressant à la corporation religieuse à laquelle devait appartenir le couvent à créer. C'était l'ordre qui était le véritable bénéficiaire avec l'obligation de se conformer à la volonté du testateur pour la fondation projetée par lui (voyez Furgole, *Des testaments*, chap. vi, sect. 1, n° 37 ; Ricard,

Donations, I^{re} partie, t. I, p. 328, chap. III, sect. XIII, n° 613, et sur l'ensemble de la théorie, Laurent, t. XI, p. 265).

Etant posé que les libéralités destinées à une fondation s'adressent à un établissement jouissant de la personnalité, il est aisé de se rendre compte de la différence faite entre le cas d'une fondation et celui d'une libéralité qui s'adresse à un établissement non reconnu au décès.

Dans le premier cas, la disposition regarde une personne capable; dans le deuxième, elle est faite au néant. Au point de vue rationnel la différence n'est pas moins bien marquée qu'au point de vue juridique. S'agit-il d'une libéralité faite au profit d'un établissement à fonder? Tout est régulier, légal, aucune fraude possible. L'établissement auquel s'adresse expressément ou implicitement la libéralité, demande l'autorisation d'accepter au gouvernement. Celui-ci examine le legs, et selon le cas, refuse l'autorisation ou bien l'accorde, soit pour le tout, soit pour partie. Tout se passe à découvert, publiquement.

S'agit-il d'une libéralité faite à un établissement non reconnu sous forme de charge? Il y a un danger de fraude très sérieux. D'abord la disposition constitue en elle-même une fraude. On sait qu'un legs fait directement serait nul et on tâche de tourner la loi en faisant la même libéralité sous une autre forme.

D'autre part, le grevé de la charge se trouve en fait,

dans une situation incertaine. A tout instant il peut se trouver obligé de l'exécuter, si la reconnaissance intervient. Pour sortir de cet état douteux, précaire, et ne pas rester indéfiniment sous le fardeau d'une dette, il acquittera immédiatement la charge. Souvent enfin le grevé, — soit par fidélité aux volontés du testateur, soit par ignorance en fait de la circonstance que l'établissement n'existe pas légalement, ou par ignorance en droit qu'une reconnaissance d'utilité publique prononcée par le gouvernement est nécessaire pour que la disposition produise son effet, — le grevé, dis-je, exécutera immédiatement la charge et la loi sera violée.

Deuxième objection. -- Les partisans de la libéralité faite sous forme de charge, tirent encore argument des créations de bourses ou de prix.

Ces libéralités s'adressent à des personnes qui n'existent pas lors du décès, qui souvent ne sont nées que bien longtemps, dix ans, cent ans après, et pourtant elles en recueillent le bénéfice.

Analysons une pareille disposition.

Nous y trouvons d'abord un legs au profit de l'établissement qui s'occupe de la science ou de l'art que le testateur a voulu favoriser, et en second lieu une charge qui lui est imposée. Il devra, en effet, remettre tout ou partie du revenu aux personnes qui rempliront les conditions prévues par le testateur. Il y a donc là véritablement un legs avec charge et nul ne conteste la

validité de la charge, bien que les bénéficiaires ne soient capables qu'après le décès.

Pourquoi en serait-il autrement dans notre espèce?

L'analogie n'est qu'apparente.

Dans notre espèce, le testateur a adressé sa libéralité à un établissement non reconnu; cet établissement en est le destinataire, le véritable bénéficiaire. Le grevé n'est qu'un intermédiaire qui transmet les biens. Dès lors, nous appliquons la règle que pour recevoir par testament, il faut être capable au décès et nous annulons la charge.

Dans l'hypothèse proposée, au contraire, les personnes qui obtiennent les prix ou les bourses ne sont pas les véritables destinataires. Elles profitent de la disposition, mais elles ne sont pas visées par le testateur. Tout ce que veut celui-ci, c'est développer une certaine branche d'enseignement.

C'est l'établissement chargé de ce service, établissement d'ailleurs investi de la personnalité morale, qui est le vrai bénéficiaire; c'est lui, c'est-à-dire son œuvre qu'on favorise; la bourse ou le prix n'est qu'une manière d'être de la libéralité. Il n'y a donc pas à se préoccuper de la capacité de celui qui l'obtient. La preuve que ce dernier n'est pas le vrai bénéficiaire, c'est qu'il ne pourrait pas agir en justice pour l'exécution de la charge. Ainsi, nul ne serait admis à soutenir que la décision de la commission chargée de distribuer le prix ou la bourse a été mal rendue, qu'il

y a lieu de nommer un expert, que le tribunal doit statuer, désigner le candidat et condamner l'établissement à lui payer la somme fixée par le testament.

L'établissement légataire est maître de la libéralité, il est investi de la confiance du testateur ; il a la plus grande latitude dans l'exécution de ses volontés.

Bien entendu, si l'établissement ne se conformait pas aux volontés du testateur, s'il apportait de la négligence dans l'accomplissement de sa tâche, les héritiers pourraient demander la révocation du legs en se fondant sur l'inexécution des conditions (V. Laurent, t. XIV, n^{os} 248 et suivants).

Ainsi les élèves, les jeunes gens, qu'intéressent d'une façon indirecte tout au moins les fondations, ont-ils à se plaindre de la gestion de l'établissement légataire ? Ils agiront par la voie gracieuse devant les autorités administratives qui ont sur lui un droit de surveillance, ou bien ils exposeront leurs griefs aux héritiers du fondateur qui menaceront l'établissement de faire résoudre le legs. Mais il faut bien remarquer que ces prétendus intéressés n'ont pas d'action directe en exécution de la charge, qu'ils ne sont pas les vrais bénéficiaires de la libéralité et que, par suite, il n'y a pas lieu d'exiger leur capacité au décès.

L'opinion que je combats s'efforce enfin de trouver de l'appui dans le droit romain. On admettait que certaines personnes qui ne pouvaient recevoir des legs étaient capables de recueillir des fidéicommiss. Ainsi

d'après la loi Voconia, les femmes étaient incapables de recevoir des legs quand le testateur avait une certaine fortune. Ce testateur disposait alors en faveur de la femme qu'il voulait gratifier sous forme de fidéicommiss.

De même un pérégrin ne pouvait recevoir par legs que s'il avait le *jus commercii*. Or, à la fin de la République, après les conquêtes qui formèrent le vaste empire romain, il y avait un nombre considérable de pérégrins dont la plupart n'avaient pas le *jus commercii*. On leur laissait des fidéicommiss.

Il semble donc que le système adverse s'inspire de la théorie romaine et l'imite, car il admet aussi que certaines personnes telles que l'enfant non conçu, l'établissement non reconnu au décès, bien qu'incapables de recevoir par legs, pourront bénéficier d'un fidéicommiss.

On ne saurait invoquer ici l'autorité de la loi romaine.

Il est vrai que des fidéicommiss étaient faits à des personnes incapables de recevoir des legs ; mais aussi n'avaient-ils dans la pure doctrine romaine aucune valeur juridique, il n'en résultait aucun lien de droit entre le grevé et le fidéicommissaire (Instit., liv. II, tit. XXII, § 1 : « Quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committébant eorum qui capere ex testamento poterant et ideo fideicommissa appellata sunt, quia

« nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui
« rogabantur, continebantur. »

Ainsi les Romains ne tombaient pas dans l'inconséquence que je reproche à la théorie que j'attaque : faire produire effet à une libéralité testamentaire en considérant le bénéficiaire comme capable, si le testateur l'a qualifiée de fidéicommiss ; considérer au contraire le bénéficiaire comme incapable et refuser effet à la même libéralité, si le testateur l'a qualifiée de legs. Pour les Romains, au moins dans la forme primitive de leur droit, ou le destinataire était capable de recevoir par testament (*capere ex testamento*), ou il en était incapable. Dans ce dernier cas, les libéralités qui lui étaient faites soit par legs, soit par fidéicommiss, étaient sans effet en droit. Le grevé de fidéicommiss avait seulement la faculté, s'il voulait bien se conformer aux volontés du testateur, d'exécuter la disposition.

Il est vrai que la législation a changé à Rome. Auguste fit exécuter quelques fidéicommiss et l'usage peu à peu se répandit de valider et de rendre obligatoires ces dispositions nulles jusque-là. Dans cet état du droit, la théorie romaine ressemble à celle que présentent nos adversaires. Leur solution, d'après eux, n'est pas plus illogique, plus étrange que celle des Romains lorsque les fidéicommiss furent rendus obligatoires même pour des personnes incapables de recevoir des legs.

Cette théorie, qui s'expliquait très bien à Rome, n'aurait pas de raison d'être aujourd'hui. Il y avait à Rome des incapacités de recevoir irrationnelles tenant à l'ancien esprit de privilège en faveur des citoyens romains. Le progrès des mœurs conduisit à des idées plus libérales et on s'affranchit de ces anciennes restrictions. Mais il n'était pas dans les habitudes des Romains d'abroger leurs lois; ils ajoutaient, interprétaient, corrigeaient, mais ne supprimaient pas. L'incapacité de léguer à certaines personnes demeura; seulement, comme cette prohibition paraissait injuste, on permit de la tourner en disposant à leur profit sous une autre forme.

Chez nous, le législateur agit d'une façon plus franche et plus directe, il ne connaît pas ces ménagements pour une règle qu'il trouve défectueuse. Il l'abroge tout simplement sans chercher des biais pour la tourner. Si donc il jugeait mauvaise la règle qui exige la capacité au décès, il l'abrogerait complètement et n'en voudrait pas plus pour les legs que pour les fidéicommiss. Si, comme l'admet avec nous la théorie opposée, il la maintient d'une façon certaine pour les legs, c'est qu'il la trouve bonne, et dès lors il ne saurait permettre de la tourner par la voie de charges imposées au légataire ou à l'héritier.

Si nous examinons les faits, nous voyons qu'il n'y a pas lieu d'éluder la règle qui déclare les établissements non reconnus incapables d'être légataires, car cette

incapacité est très rationnelle et très fondée. Le motif d'équité qui conduisait les juriconsultes romains à valider contre la rigueur du droit des dispositions faites à des incapables ne s'applique pas. J'ai déjà dit les embarras et les difficultés qui soulèveraient la suspension de la disposition, l'incertitude de son exécution lorsqu'il s'agit d'un legs fait à un établissement non reconnu au décès. Tous ces inconvénients se produisent si on valide, dans les mêmes circonstances, un fidéicommiss. Le grevé, héritier ou légataire, va, pendant un temps inconnu, illimité, rester exposé à l'action en délivrance du bénéficiaire. La prescription extinctive de cette action ne courra pas à son profit avant que l'établissement soit reconnu. On sait combien une telle incertitude dans la propriété empêche l'amélioration des biens, entrave les transactions et le développement de la richesse publique.

Un auteur signale un autre inconvénient des libéralités testamentaires faites à un établissement non reconnu au décès, mais, bien que son observation soit présentée à l'appui de mon opinion, je ne la trouve pas très fondée. Voici ses paroles : « Cette incapacité (des établissements non reconnus au décès), n'a rien d'arbitraire. L'intérêt qu'a l'État de surveiller et d'empêcher l'accumulation des biens de mainmorte n'explique que trop la défaveur dont ils sont l'objet quand ils ne sont pas reconnus. » (*Revue critique de Jurisprudence en matière civile* (t. XLIV, p. 145 et suiv.)

Est-ce que l'incapacité pour les établissements non reconnus au décès de recevoir des libéralités testamentaires constitue une défaveur? Au contraire, il n'y a dans cette incapacité qu'une application pure et simple du droit commun, c'est-à-dire de la règle que pour recevoir par testament, il faut exister lors du décès. Et si le droit commun n'imposait pas cette solution, y aurait-il lieu de l'établir spécialement pour les établissements à raison de motifs qui lui seraient propres, de « l'intérêt qu'a l'État de surveiller et d'empêcher l'accumulation des biens de mainmorte »? Sans doute, l'accumulation des biens de mainmorte peut présenter des inconvénients; mais est-ce une raison pour annuler le legs fait à un établissement qui n'est reconnu qu'après le décès, plutôt que celui fait à un établissement déjà reconnu à cette époque?

Le danger qu'on signale n'a rien d'inquiétant pour l'État, car il est maître d'accorder ou de refuser effet à la libéralité. Tout d'abord, s'il estime que l'établissement gratifié est peu utile ou même nuisible à la société, il pourra ne pas le reconnaître. S'il juge, au contraire, que cet établissement peut faire œuvre utile, mais que la libéralité est excessive ou inutile, il pourra la réduire ou même refuser l'autorisation d'accepter.

D'ailleurs, on ne peut guère parler d'accumulation de biens de mainmorte dans notre hypothèse. Le plus souvent, il s'agira d'un legs fait à titre de fondation; ce sera la première libéralité qui entrera dans le patri-

moine de l'établissement. Le testateur aura créé l'établissement et l'aura soutenu de son vivant de ses dons autant que de ses efforts. Il lui fait un legs afin qu'après lui un revenu régulier assure son fonctionnement.

Cette accumulation peut être dangereuse pour un établissement reconnu, qui a déjà acquis un patrimoine considérable. Or, pour ce dernier, les legs sont valables sous la condition de l'autorisation du gouvernement, tandis que pour l'établissement non encore reconnu le legs est immédiatement nul.

J'admets la solution qu'on se propose de défendre, mais il me semble que le danger de la mainmorte ne l'explique pas d'une façon aussi péremptoire qu'on le prétend.

Plaçons-nous maintenant en présence de l'hypothèse très simple où le legs est adressé à un établissement reconnu à l'époque du décès.

Aux termes de notre art. 910, le gouvernement est appelé à « autoriser le legs ».

Cette autorisation n'a pas seulement pour but de valider l'acceptation, de la ratifier. Il n'y a rien là d'analogue à l'approbation donnée, en vertu de ce qu'on appelle la tutelle administrative, à certains actes émanés de corps délibérants, par exemple à l'approbation préfectorale qui rend exécutoires certaines délibérations du Conseil municipal.

Le gouvernement a pour mission de permettre le

legs, de le rendre valable, de « l'autoriser » ou encore de « lui donner effet ».

En d'autres termes, le legs n'a pas d'existence, tant que le gouvernement ne l'a pas autorisé; il est considéré comme adressé à une personne radicalement incapable de recevoir.

Ainsi, c'est l'acte du gouvernement qui rend l'établissement légataire capable de recevoir. Jusque-là, il n'a qu'une simple aptitude; sa capacité n'est que virtuelle; elle n'apparaîtra qu'en vertu de l'autorisation.

S'il s'agissait d'une simple autorisation d'accepter, l'art. 910 serait inutile, et l'art. 937 suffirait.

Remarquons surtout que notre texte se trouve contenu au chapitre II du titre des donations, chapitre qui a pour rubrique : « De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament. » L'art. 902 pose le principe que toutes personnes sont capables de recevoir, excepté celles que la loi en déclare incapables. Suit une énumération d'incapacités, qui cessent dans certaines circonstances, moyennant certaines conditions. Il en est ainsi pour le tuteur vis-à-vis de son ex-pupille, pour les enfants naturels, pour les médecins (art. 907-909). De même, l'art. 910, supposant l'incapacité des personnes morales, déclare qu'elle pourra être levée par une autorisation. Cette formalité est nécessaire dans chaque cas particulier, et laisse subsister, d'une façon générale, l'incapacité de recevoir.

Quels sont les motifs de cette incapacité, ou, si l'on veut, de la nécessité de cette autorisation gouvernementale ? Ils résultent des inconvénients graves que peuvent présenter de semblables dispositions. Il y en a deux principaux.

Tout d'abord, le préjudice et le danger qui résultent pour l'Etat de l'accroissement des biens de mainmorte. On appelle ainsi les biens qui appartiennent aux personnes morales. Ils entrent dans le patrimoine de ces personnes pour ne plus en sortir ; car, en général, elles n'aliènent jamais. Ce patrimoine ressemble donc à une mainmorte, toujours ouverte pour recevoir, mais qui se ferme ensuite et n'abandonne jamais les biens une fois saisis.

Les biens de mainmorte se trouvent retirés de la circulation et comme perdus pour la masse des citoyens. L'Etat perd tous ces droits d'enregistrement et de timbre perçus dans les nombreuses mutations de propriété qui s'opèrent entre-vifs. De plus, la personne morale étant perpétuelle, il ne peut exiger aucun impôt à titre de mutation par décès.

Sans doute, les lois fiscales ont établi une taxe des biens de mainmorte ; mais elle est loin de compenser les nombreux droits de mutation dont ils seraient frappés s'ils appartenait à des particuliers.

Cet inconvénient était particulièrement intolérable sous l'ancien régime, alors que le sol de la France était couvert de congrégations riches et florissantes. Il est

encore sensible aujourd'hui; car, outre qu'il y a beaucoup de personnes morales autres que les congrégations religieuses reconnues, celles-ci existent encore en grand nombre, surtout pour les femmes, et elles ont des établissements considérables.

Les biens acquis par une personne morale, surtout par une congrégation, sont frappés de mainmorte, non seulement pour le principal, mais aussi pour la plus forte part du revenu dont il n'est dépensé qu'une faible partie. Ces revenus s'accumulent, augmentant sans cesse la richesse et, par suite, l'influence de la personne morale. Que toutes ces ressources, par suite de certaines circonstances ou de certains intérêts, soient réunies sous un seul chef, l'Etat verra se dresser un pouvoir rival. Ce pouvoir est, il est vrai, purement spirituel, et consiste dans une influence sur les esprits. Il n'en est pas moins dangereux, alors qu'il s'appuie sur des moyens d'un ordre absolument temporel, c'est-à-dire sur des ressources pécuniaires. Ce sont véritablement ces moyens qui rendent possible l'influence spirituelle et lui donnent son énergie.

Le gouvernement devra se rendre un compte exact de la situation pécuniaire de la personne morale légitime. Si elle possède les ressources nécessaires pour le bon fonctionnement du service dont elle s'est chargée, il refusera d'autoriser un legs dont le seul résultat est d'accroître les biens de mainmorte.

L'autorisation pourra surtout être refusée à raison

de l'intérêt qu'inspire la famille du testateur. S'il apparaît que ce dernier a violé ses devoirs en dépouillant injustement sa famille, sa disposition sera rendue inutile, et les parents se trouveront réintégrés dans la succession *ab intestat* (1).

Cette solution paraît établir un défaut d'harmonie dans la loi.

Le legs s'adresse-t-il à un particulier? Il sera exécuté entièrement, dans la limite, bien entendu, du disponible. Aucun pouvoir, pas plus l'exécutif que le judiciaire, ne peut l'annuler; il suffit qu'il émane d'un homme sain d'esprit. Il n'y a pas à rechercher si le testateur a ou non méconnu ses devoirs de famille, si l'exhérédation est juste ou non : sa volonté est respectée.

Le legs s'adresse-t-il à une personne morale? Le gouvernement devient juge du legs; il apprécie les rapports qui existaient entre le testateur et ses parents; s'ils sont pauvres et qu'ils aient tenu vis-à-vis du *de cuius* une conduite irréprochable, il annulera la disposition.

Cette différence s'explique fort bien. Le testateur pouvait très légitimement porter à la personne qu'il a gratifiée une affection plus vive qu'à ses héritiers. Il a peut-être une dette sacrée de reconnaissance envers son légataire qui lui a sauvé la vie, a été l'auteur de sa

(1) Laurent, n° 290.

fortune, ou lui a prodigué jusqu'à la mort des soins dévoués, tandis qu'il n'a entretenu avec ses parents que des rapports assez indifférents.

Une libéralité adressée à une personne morale part d'un mobile tout différent. Le testateur agit par intérêt pour un service utile qu'il veut développer, par dévouement à une œuvre concernant le bien général. De tels sentiments sont très respectables, mais les devoirs de famille sont plus étroits et plus sacrés. La philanthropie leur est subordonnée ; il faut assurer le nécessaire à des parents pauvres, avant de se préoccuper du bonheur de l'humanité. Bien souvent, d'ailleurs, ces dispositions proviennent bien moins d'un sentiment de charité réelle, que des entraînements de l'orgueil (Bergier sur Ricard, t. I, p. 153). Les testateurs se laissent dominer par l'ambition de voir leur nom passer à la postérité avec le titre fastueux de fondateur. Le gouvernement protégera les familles contre ces égarements de la vanité.

L'autorisation du gouvernement fait cesser l'incapacité de recevoir pour les personnes morales énumérées dans l'art. 910.

Il est certain que cette énumération est incomplète. Les bureaux de bienfaisance, communes, sections de commune, fabriques, évêchés, congrégations, n'y figurent pas, et, cependant, il n'est pas douteux qu'ils puissent être autorisés. L'art. 910 s'applique incontes-

tablement à tous les établissements publics et d'utilité publique.

Mais que décider à l'égard des sociétés de commerce? Le législateur n'a en aucun texte posé le principe de la personnalité des sociétés de commerce; mais plusieurs décisions l'impliquent et ne peuvent se justifier que par lui. Notons, entre autres, l'art. 529 du Code civil et l'art. 69-6° du Code de procédure civile. Ce principe est aujourd'hui incontesté. Il n'y a d'exception que pour les sociétés en participation, lesquelles n'entraînent jamais constitution d'une personne morale. Encore n'y a-t-il pas là, à proprement parler, une exception, car les participations ne sont pas véritablement des sociétés, mais de simples opérations faites de compte à demi.

Il s'agit de savoir si ces personnes morales peuvent recevoir des legs. Cette question a été résolue dans le sens de la capacité des sociétés de commerce par un jugement du Tribunal civil de la Seine, 1^{re} chambre, en date du 30 mars 1881 (Sirey, 81, 2, 249). Elle a donné lieu ensuite à une vive controverse chez les auteurs. La capacité a été affirmée par M. Lyon-Caen (V. journal *la Loi*, n° du 27 avril 1881) et par M. Vavasseur (*ibidem*, du 13 janvier 1882).

Elle a été niée par M. Camberlin (*ibidem*, 8 mai 1881) et par M. Labbé (*ibidem*, 27 août 1881). C'est cette dernière solution que je me propose de démontrer.

Inutile de dire qu'il n'y a dans nos lois aucun texte

réglant les dispositions à titre gratuit faites au profit de sociétés de commerce. Ce qui augmente encore la difficulté, c'est qu'on n'y trouve aucun principe, aucune formule fixant la portée de la personnalité attachée aux sociétés, le degré de capacité qu'elle comporte.

Dans la doctrine, deux systèmes nettement opposés sont en présence.

Le premier, très simple, se formule ainsi : les personnes fictives ont exactement les mêmes droits que les personnes physiques. Elles ne sont privées que de ceux qu'un texte formel de loi leur retire ou qui exigent nécessairement l'existence réelle, la qualité d'individu humain (1).

D'après le deuxième système, ces personnes n'ont d'autres droits que ceux qui leur sont reconnus expressément ou implicitement par la loi. Toute personne morale est formée en vue d'un but à atteindre, d'une mission à remplir. Pour vivre, pour accomplir son œuvre, elle a besoin de droits. Le législateur qui admet virtuellement leur existence, doit nécessairement leur reconnaître les droits indispensables pour qu'elles puissent fonctionner, agir conformément à leur destination. Les personnes morales n'ont que ces droits limités par leur but, par leur œuvre. S'agit-il d'actes

(1) Lyon-Caen, *la Loi*, n° du 27 avril 81; Piébourg, *Questions sur les personnes civiles*, p. 33 et 34; Aub. et Rau, t. I, § 54, p. 191.

étrangers à leurs attributions, leur capacité cesse; pour de tels actes elles n'existent plus (1).

M. Beudant a essayé de concilier ces deux théories si opposées, de montrer que la contradiction n'était qu'apparente, et qu'au fond elles aboutissaient aux mêmes résultats pratiques (2).

D'après cet auteur, la mission pour laquelle la personne morale est instituée détermine un certain cercle d'actes à accomplir. En tant qu'elle se meut dans ce cercle, la personne morale a toute la capacité des personnes physiques, et c'est ce qui donne raison au premier système. Mais s'il s'agit d'en sortir, de faire des actes qui ne sont pas commandés par le but de son institution, l'être juridique n'a plus de capacité; la fiction de la personnalité s'évanouit. Il n'y a pas là seulement un défaut de capacité chez la personne morale; il n'y a plus de personne morale, et il faut simplement dire que le néant ne peut figurer dans un acte juridique. Ici la formule du deuxième système devient applicable.

Ce système n'est pas aussi éclectique qu'il paraît; au fond il se ramène au second et est absolument inconciliable avec le premier. Soit une opération différente de celles que la société a l'habitude de faire et qu'ont eues en vue ses fondateurs, opération qui n'est pas nécessaire au fonctionnement de cette société,

(1) Laurent, *Principes de dr. civ.*, t. I, n° 287 et suiv.

(2) Note dans le Dalloz (D. P., 79, 1, 5).

celle-ci étant instituée pour subsister par de tout autres moyens. D'après le second système, comme d'après la théorie de M. Beudant, on devra déclarer la personne-société incapable d'un tel acte. Dans la première opinion on l'en tiendrait pour capable, puisqu'aucun texte précis ne le lui a interdit.

Selon qu'on adoptera le premier ou le deuxième système, il faudra trancher notre question dans le sens de la validité ou de la nullité du legs.

Le système restrictif de la capacité des personnes morales me paraît seul exact.

L'homme seul jouit de la personnalité complète; seul il est capable de tous les actes possibles. C'est la nature même qui lui donne cette capacité en le créant libre de se mouvoir et d'agir à son gré. Cette personnalité est réelle; elle s'impose au législateur qui se borne à la constater.

Les personnes morales sont une création de l'homme; celui-ci attache à l'être qu'il imagine la capacité qui lui convient, et ne lui donne que les droits qu'il veut.

Mais, dit-on (1), qu'importe l'origine de la personne morale? Une fois ce sujet de droits créé, pourquoi n'aurait-il pas la même capacité que les personnes ordinaires? Si le législateur juge cette capacité trop grande, qu'il la restreigne, qu'il interdise nettement

(1) Lyon-Caen, art. précité.

telle ou telle série d'opérations, comme le fait un projet de loi sur les associations et chambres syndicales. A défaut de prohibitions expresses, la personne morale, pour être fictive, n'en est pas moins une personne et doit en avoir tous les droits : *eadem operatur fictio in casu ficto quam veritas in casu vero*.

Je réponds que cette formule même est restrictive de la capacité des personnes morales. Il y a un *casus fictus*, c'est-à-dire un certain nombre de cas dans lesquels la personnalité apparaît et hors desquels elle cesse.

Que se propose-t-on en attribuant la personnalité à une société de commerce ? Prenons pour exemple la société anonyme. Il s'agit de concentrer dans un patrimoine unique, en vue d'une entreprise commerciale donnée, des capitaux apportés par une foule de particuliers, et qui sont placés entre les mains d'une administration investie de la confiance des associés. Celle-ci représente la personne morale propriétaire du capital social. Les administrateurs décident, agissent, gouvernent l'entreprise à leur gré sous la seule condition de rendre compte à certaines époques de l'état des affaires à l'assemblée générale des associés. Inutile dès lors que les associés donnent leur consentement toutes les fois qu'il s'agit d'engager les biens de la société, ce qui rendrait impossible la marche de l'entreprise. Ces biens ne leur appartiennent plus. Chaque associé n'a, à la place des biens par lui appor-

tés, qu'une action, c'est-à-dire un droit de créance en vertu duquel il peut exiger une part de bénéfice tant que la société dure et une part du capital social à sa dissolution. Les apports sont devenus la propriété de l'être moral; les administrateurs ont qualité pour en disposer seuls et pour l'affecter exclusivement en gage aux tiers avec lesquels ils contractent pour les besoins de la société.

Le sort de la société devient, grâce à la fiction, indépendant des destinées des associés. L'un d'eux vient-il à mourir? ses héritiers ne peuvent nullement réclamer la part de leur auteur dans le fonds social. Ils ne peuvent que recueillir l'action qui, après les phases de la liquidation et du partage de la succession, s'en va reposer sur la tête d'un adjudicataire sans que la marche de la société soit entravée en quoi que ce soit.

Un associé laisse pour héritier un incapable. On ne soumettra pas pour partie les biens de la société aux règles et formalités prescrites pour l'administration des biens des incapables. L'associé n'ayant aucun droit sur le fonds social n'en a pu transmettre à son héritier. L'action seule lui est acquise et c'est cette action qui sera administrée comme bien d'incapable.

Un associé devient-il insolvable? est-il poursuivi par ses créanciers? Si considérable qu'ait été l'apport de leur débiteur, ils ne pourront se le faire restituer. Ils ne peuvent saisir en effet que les biens de leur débiteur (2092) et cet apport est devenu la propriété de

la personne morale. Ils ne saisiront, ne vendront que l'action et cette poursuite ne nuira en rien à la société au point de vue de sa fortune comme à celui de son crédit.

Rendre le fonctionnement de la société indépendant des volontés et des destinées particulières, lui permettre de faire le commerce auquel elle se voue sous une seule et même direction, tel est le but unique de la personnification.

La personnalité cesse donc quand il s'agit pour la société de recevoir un legs. Ce n'est pas là une opération de commerce, un acte qui se rattache de près ou de loin à l'entreprise de la société et pour lequel il soit nécessaire d'envisager celle-ci comme une personne capable. Mais, objecte-t-on, le legs peut être très utile à la société. Elle a certainement le droit d'émettre des actions nouvelles ou des obligations pour se procurer des fonds qui lui sont nécessaires. Ce but sera aussi bien obtenu par des legs. Les acquisitions à titre gratuit seront même le seul moyen de salut si, à raison de désastres quelconques, la société a perdu tout crédit.

Il est bien certain que des acquisitions de legs sont toujours une excellente opération, et que la société peut y trouver de très grands avantages. Mais la personne morale n'a pas été fondée pour cela ; le but de cette création a été d'écarter toute intervention des associés dans la gestion des affaires sociales, de mettre le capital à l'abri des réclamations de leurs créanciers. Il

faut que les uns et les autres rencontrent en face d'eux une personne qui leur dise : ces affaires, ces biens ne sont pas à vous ; ils sont à moi. C'est à cette occasion là seulement que se dresse la personnalité morale. Hors de là il n'y en a plus.

La société commerciale a été créée pour vivre du commerce. C'est par l'intérêt, par le gain, la spéculation, qu'elle doit subsister. Manque-t-elle d'argent ? qu'elle s'adresse aux particuliers, qu'elle parle des profits qu'elle attend, des développements dont son entreprise est susceptible, qu'elle promette un intérêt à ceux qui lui apporteront des fonds. Voilà les moyens qui sont conformes à sa destination, à sa nature.

Ici la personne morale apparaîtra, elle recevra les sommes versées ; elle s'engagera à payer des intérêts aux prêteurs, à restituer le capital dans telle ou telle condition.

Mais la société n'a pas été faite pour être entretenue par des legs et la personne morale qui l'incarne n'a pas à intervenir s'il s'agit de jouer le rôle de légataire.

Sans doute les établissements d'utilité publique, hospices, bureaux de bienfaisance, congrégations reconnues, etc., peuvent recevoir des legs, mais c'est qu'ici la capacité de recevoir à titre gratuit est la condition de leur existence. C'est par des libéralités qu'ils sont fondés, qu'ils vivent et se développent.

Certes, ces institutions rendent des services considérables au point de vue de la charité, de l'instruction du

peuple, de son éducation morale et religieuse. Mais ces services sont essentiellement gratuits. C'est la générosité des particuliers, leur bienfaisance, leur attachement aux traditions religieuses, leur dévouement à la cause du développement moral et intellectuel des masses, qui fournissent à ces établissements les ressources nécessaires pour accomplir leur œuvre. Ici donc l'attribution capitale de la personne morale est de recevoir des libéralités. Dans les sociétés, au contraire, la fonction essentielle, unique, est de contracter pour les besoins de son entreprise.

Comment concevoir un legs adressé à une société? Toute libéralité suppose chez le disposant l'*animus donandi*, c'est-à-dire l'intention de faire un sacrifice, soit par affection pour une personne, soit par dévouement pour une cause, une œuvre.

Ce dévouement, cet esprit de sacrifice peut-il exister à l'égard d'une société de commerce qui ne cherche que des profits, n'agit que par intérêt et ne fait appel, pour se procurer de l'argent, qu'à l'esprit de gain?

On a tâché de montrer qu'une société peut poursuivre un but d'utilité publique, que son œuvre peut intéresser le pays tout entier (1). Qu'importe? L'intérêt général n'est servi que d'une façon indirecte, secondaire et involontaire par l'administration de la société. Tout ce qu'elle recherche, c'est de gagner de

(1) Vavasseur, journal *la Loi*, 13 janvier 1882.

l'argent. A une société n'ayant que ce but, on ne peut admettre qu'un legs soit adressé dans une pensée morale ou philanthropique.

L'art. 910, dit-on, suppose la capacité chez les personnes morales de recevoir des legs. Se plaçant dans le cas particulier où la personne morale est un établissement d'utilité publique, l'article dispose que la libéralité n'aura d'effet que si le gouvernement l'autorise. L'objet de l'article est uniquement de soumettre le legs à la nécessité d'une autorisation pour certaines personnes morales. Cela implique que les personnes morales sont capables de recevoir et qu'en général elles ne sont astreintes pour cela à aucune formalité particulière.

De même les textes assez rares, où il est question de legs faits à des personnes morales, ne s'occupent jamais de leur capacité. Ils supposent qu'elle existe : ils règlent seulement les conditions de l'autorisation administrative.

Ces textes, à mon avis, ne sont que le développement, la mise en pratique de la règle de l'autorisation posée par l'art. 910. Quant à ce dernier article, ce n'est pas la capacité, mais bien l'incapacité de recevoir qu'il suppose chez les personnes morales, ainsi que nous l'avons établi plus haut. Il déclare que cette incapacité ne sera levée que moyennant certaines conditions. Il faut qu'il s'agisse d'établissements publics ou d'utilité publique et que la disposition soit auto-

risée par le chef de l'État. Ces conditions étant inapplicables aux sociétés de commerce, elles restent frappées d'incapacité.

Quand la loi parle des libéralités, dans des dispositions générales telles que l'art. 902, elle vise uniquement celles qui s'adressent à des personnes véritables. Ce qui l'indique, ce sont les expressions « entre-vifs » ajoutées aux donations, c'est cette disposition qu'il faut être conçu lors du décès pour recevoir un legs (article 906).

Voulant s'occuper des personnes morales, le législateur a relégué sa décision au milieu de textes relatifs à l'incapacité. Donc il reconnaît ces personnes incapables en principe ; seulement, par des raisons de nécessité sociale, pour permettre le fonctionnement d'œuvres indispensables dans une société bien organisée, il lève cette incapacité en ce qui concerne les établissements reconnus d'utilité publique sous la garantie de l'autorisation du gouvernement. Pour les sociétés de commerce, le législateur, soit par oubli, soit intentionnellement, n'a fait cesser cette incapacité en aucun cas.

Les partisans de la capacité des sociétés de commerce sont bien embarrassés quand il s'agit de savoir à quelles conditions le legs sera valable ? Faudra-t-il une autorisation administrative ? Qui la donnera ?

On sort de cet embarras en disant qu'il ne faut aucune autorisation. Mais cette solution est bien étrange,

car le législateur qui, dans l'art. 910, détermine les conditions de la capacité des personnes morales, ne la conçoit que subordonnée à une autorisation du chef de l'État.

Comment! une personne charitable fait un legs à un établissement qui s'occupe d'œuvres de bienfaisance et qui a été reconnu pour cela d'utilité publique. Rien n'est plus conforme à la destination de la personne morale qui ici tire toutes ses ressources de la générosité des particuliers. Pourtant le legs ne produit pas immédiatement son effet. Il faut que l'administration intervienne, qu'elle pèse les intentions du testateur, les conditions d'existence de ses parents, les ressources de l'établissement. Elle pourra réduire le legs ou même le rendre absolument inutile par un refus d'autorisation. S'agit-il au contraire d'une personne morale créée pour le commerce, chargée de recevoir des apports et de faire des contrats? Le legs sera immédiatement valable et efficace; il sera acquis à la société sans le moindre contrôle administratif. Et pourtant, si on admet la capacité de ces sociétés, les motifs de l'autorisation ne s'appliquent-ils pas? Le legs ne peut partir que d'un sentiment d'intérêt général dont l'appréciation appartient à l'État, gardien des intérêts publics. Ces legs en se multipliant pourraient développer d'une façon excessive la richesse, et par suite l'influence des sociétés; il pourrait en résulter sinon un danger, du moins une entrave à l'action du gouverne-

ment. Enfin, les familles seraient exposées à se trouver dépouillées par de semblables dispositions.

Il faut choisir : ou bien reconnaître aux sociétés la capacité de recevoir et exiger alors une autorisation du gouvernement, ou bien avouer que la condition de l'autorisation ne saurait convenir à ce cas et les déclarer absolument incapables.

Ce qui me confirme dans mon opinion, c'est que, avec la solution contraire, des règles essentielles sur les incapacités et sur le rapport se trouveraient violées, et il est impossible que le législateur ait admis une pareille situation.

L'un des associés est l'enfant naturel du testateur ; il va profiter dans la mesure de sa part du legs fait à la société. Ce legs, en effet, enrichit au fond des choses les associés eux-mêmes. Le capital social augmentant, les dividendes vont s'accroître et, lors de la dissolution de la société et de la répartition de l'actif, chacun retirera une somme plus forte. — Ce bénéfice de l'enfant naturel peut être supérieur à ce que la loi permet de lui donner. Les héritiers légitimes parents du testateur ne pourront se plaindre, car la société qui dans la forme et dans la rigueur des idées juridiques, se trouve seule légataire, n'est frappée d'aucune incapacité. L'art. 908 se trouvera violé.

Supposons un enfant naturel en présence de collatéraux autres que frères et sœurs. Il possède la moitié des actions d'une société anonyme. Le père naturel

lègue les trois quarts de ses biens à son fils et le quart restant à cette société anonyme.

L'enfant recueillera tout d'abord les trois quarts de la succession paternelle à titre de légataire (art. 757 et 908 combinés). Il bénéficiera ensuite, par la plus-value acquise par ses actions, de la moitié du quart restant.

Et pourtant, dans l'espèce, la loi ne permet pas à l'enfant de rien recevoir au delà des trois quarts de la fortune de son père !

L'opinion contraire empêche aussi l'application des règles sur le rapport. Le testateur laisse deux enfants, Primus et Secundus, dont l'un, Primus, est membre d'une société en nom collectif ne comprenant que deux associés à droits égaux.

Il lègue à la société la quotité disponible, c'est-à-dire le tiers de ses biens. Primus profite de ce legs pour moitié. Sa part est ainsi portée aux trois sixièmes, c'est-à-dire à la moitié de la succession, tandis que son frère Secundus n'en a que le tiers.

Ce dernier pourra-t-il se plaindre de la disposition et exiger le rapport de ce sixième afin d'en prendre la moitié et d'avoir, comme son frère, les cinq douzièmes de la succession ? Pourra-t-il faire ainsi rétablir cette égalité des héritiers pour laquelle le législateur professe un respect scrupuleux ?

Dans l'opinion opposée l'égalité restera rompue. Primus n'aura rien à rapporter, car il n'aura rien reçu :

le seul légataire est la société, personne morale, et celle-ci n'est pas héritière. Ainsi Primus s'enrichira *ex substantia patris* sans avoir aucun compte à rendre à son frère, et cette préférence existera sans que le testateur l'ait expressément voulue par une clause de préciput. Il y aura violation de l'art. 843 (1).

Etant établi que la société est incapable d'être légataire, le testateur pourra-t-il faire des legs aux divers associés pris individuellement, avec la charge de verser les sommes léguées dans la caisse sociale à titre d'apport supplémentaire ?

L'affirmative a été éloquemment défendue par M. Labbé. Chaque associé est capable de recevoir à titre gratuit : le testateur est libre de mettre à sa disposition telles charges ou conditions qui lui plaisent, sauf pour le légataire le droit de refuser. De cette façon encore les lois sur le rapport, sur les incapacités de recevoir, seront observées. Qu'on ne dise pas que ces légataires ne sont que des personnes interposées, que c'est la société, c'est à-dire un incapable qui doit profiter de la disposition, que, par conséquent, le legs est nul par application de l'art. 911. C'est bien aux asso-

(1) M. Labbé (article précité du journal *la Loi*) écrit que les legs faits aux sociétés commerciales envisagées comme personnes morales permettront d'éluder les dispositions sur la réserve ; mais je crois qu'ici la critique est injuste. Si le legs excède la quotité disponible, il y aura lieu à réduction aussi bien que s'il s'adressait à un particulier.

ciés que le legs s'adresse; ce sont eux qui en bénéficieront. Certes, ils devront verser les sommes léguées dans la caisse sociale. Mais cette condition, bien loin de détruire le bénéfice résultant de la libéralité en assure plutôt la conservation et constitue simplement un mode de placement ordonné par le testateur. L'intérêt, l'action de chaque associé augmente de valeur, et cette plus-value représente la somme léguée. Il n'y a donc pas à parler d'interposition.

Je ne crois pas que la validité de ces legs doive être admise d'une façon absolue. Si la société ne comprend que quelques membres bien connus du testateur, et que ce dernier ait agi par affection pour eux et pour leur faire du bien, le legs devra être déclaré valable. Il en sera ainsi dans la société en nom collectif. Que si, au contraire, les associés légataires sont en grand nombre, si le testateur ne les connaît pas, ou s'il n'a avec eux que des rapports accidentels indifférents, le legs devra être déclaré nul. Ces associés, ces actionnaires sont, en effet, des *personæ incertæ* à l'égard du testateur. En faisant sa disposition il n'avait aucune idée nette des personnes qu'il gratifiait. Le personnel de la société varie sans cesse. Le titre d'associé change continuellement de tête. Il en est ainsi pour les sociétés en commandite par action, ou anonymes, même si les titres sont nominatifs; mais mon observation est surtout vraie lorsque les titres de ces sociétés sont au por-

teur. Ici le testateur ne sait pas et ne peut pas savoir, même au jour de sa disposition, qu'il gratifie.

Quel sentiment peut animer le testateur? L'affection, la reconnaissance, la charité? Ces sentiments s'adressent nécessairement à des personnes certaines et bien connues du testateur. Il s'agit d'amis ou de parents, de bienfaiteurs, de personnes pauvres dont il veut améliorer la condition. Dans l'espèce on ne saurait donner aucun motif au legs, et il y a lieu de l'annuler comme pour défaut de cause, tout aussi bien que comme adressé à des personnes incertaines.

La question que je viens de discuter a un intérêt pratique beaucoup plus considérable que ne le comporte mon énoncé. Je n'ai parlé que des sociétés commerciales. Or, la personnalité est aujourd'hui universellement reconnue à certaines sociétés civiles, notamment à celles qui affectent la forme commerciale (1). Quelques interprètes vont même jusqu'à l'accorder à toutes les sociétés civiles indistinctement (2). Sans examiner ici la question de la personnalité des sociétés civiles, j'admets, conformément à l'opinion générale,

(1) Ren., Lyon-C., *Précis de droit commercial*, n° 291 et 536; Paul Pont, *Sociétés*, 1, n° 126.

(2) En ce sens, Pardessus, III, n. 975 et 976; Delangle, *Des Sociétés*, I, p. 14; Troplong, *Des Sociétés*, I, p. 58; Bravard, I, p. 170 et suiv.; Vavasseur, journal *la Loi*, n° du 13 janvier 82. — *Contra*, Ren. et L.-C., *Précis*, n° 290; Labbé, article précité au journal *la Loi*; Aub. et Rau, III, 377, n° 14; Boistel, n° 163.

que ces sociétés ne sont douées de la personnalité que par exception, principalement dans le cas où elles adoptent l'une des formes commerciales. Je remarque seulement que, la personnalité d'une société civile étant admise, on doit la traiter comme les sociétés commerciales au point de vue de la capacité de recevoir par testament. Il n'y a, en effet, aucune raison pour faire des distinctions, selon la nature des opérations des sociétés personnes morales, d'où résulte leur caractère civil et commercial. L'art. 18 du Code de commerce nous dit, qu'en principe, les mêmes règles gouvernent les sociétés civiles et commerciales. Les mêmes arguments s'appliquent aux unes et aux autres. Elles ont le même but : gagner de l'argent et le partager entre les associés.

Ceci posé, la solution qui affirme la capacité des sociétés personnes morales de recevoir par testament, indépendamment de toute autorisation administrative et sans aucune restriction, prend une importance pratique considérable. En même temps, elle présente des inconvénients et des dangers qui étonnent et effrayent ses partisans eux-mêmes.

Il existe un grand nombre d'associations qui se consacrent à des œuvres d'enseignement, de bienfaisance ou de propagande religieuse. Leur but principal est de prendre de l'influence sur les hommes, de former leur esprit, de diriger leur volonté. Cependant, elles offrent au public des services qu'elles se font payer, du

moins dans une certaine mesure. Lorsque les opérations procurent des bénéfices, les associés se les partagent, sauf à verser immédiatement leurs parts dans la caisse sociale. Ces associations remplissent donc les conditions des sociétés civiles, telles qu'elles résultent de l'art. 1832 du Code civil. Certains auteurs ont même soutenu que les congrégations religieuses non reconnues constituent de véritables sociétés civiles.

Qu'on suppose de telles associations revêtant une forme commerciale, par exemple la forme de l'anonymat, ce rouage si bien inventé pour la concentration des efforts et des capitaux sous une direction unique, indépendante, et fidèle à ses traditions. Les libéralités vont affluer, inspirées par la philanthropie, la religion ou le dévouement à une croyance politique. La société capitalisera tous ces profits ; elle n'emploiera à son œuvre qu'une partie des revenus. Quant au partage des bénéfices entre les membres, il n'a lieu que pour la forme, en vue de satisfaire aux exigences de l'art. 1832, et les associés rapportent immédiatement leurs dividendes. Ainsi, il arrivera à bref délai qu'une partie importante du territoire sera frappée de mainmorte. Ces ressources immenses serviront à entretenir des institutions à la fois sociales et indépendantes du pouvoir public, dont l'action sera parallèle et parfois contraire à celle des établissements soumis à la surveillance et à la direction de l'État.

Chose bizarre ! Tandis que ces établissements publics ou reconnus d'utilité publique, placés sous une tutelle administrative étroite, ne peuvent acquérir que sous des conditions restrictives, les établissements libres recueilleront, sans limitation aucune, des libéralités destinées parfois, selon les fluctuations de la politique, à alimenter un trésor de guerre contre tel gouvernement donné.

Nos adversaires, tout en reconnaissant la gravité de ces considérations, refusent d'y voir un argument décisif. Ils imputent au législateur les dangers et les inconvénients de leur solution. C'était à lui de restreindre la liberté de fonder des sociétés, d'exiger pour toute création d'une personne morale une autorisation administrative et d'en restreindre la capacité. La loi est mal faite, mais ce n'est pas à l'interprète à la corriger.

Il est, selon moi, injuste de faire d'aussi graves reproches au législateur. Il n'est pas vrai qu'il ait accordé aux associations personnifiées la faculté d'acquérir à titre gratuit d'une façon illimitée et sans contrôle, et d'atteindre ainsi un degré d'influence gênant et dangereux pour l'État. Une telle imprudence est impossible à admettre chez un législateur qui, comme le nôtre, présente toutes garanties de lumières et d'expérience. S'il n'a pas réglementé la capacité de recevoir par testament pour les sociétés, c'est qu'il ne la leur reconnaît pas. En admettant leur personnalité, il a voulu

rendre la gestion de leurs biens indépendante des volontés individuelles des associés, mettre le capital social à l'abri des réclamations des créanciers personnels des associés et le donner exclusivement en gage aux créanciers de la société. Hors de là, la fiction de la personnalité cesse. On ne saurait donc parler de la capacité, pour les sociétés, d'acquérir par testament, car le néant ne peut recevoir des legs.

CHAPITRE III

DES FORMES DE L'AUTORISATION DE RECEVOIR

De l'instruction qui la précède et de l'autorité administrative compétente pour la donner. — De la réduction.

Pour décider, conformément à l'art. 910, s'il accordera ou non l'autorisation de recevoir, le Président de la République ou l'administrateur compétent devra être renseigné, au moyen d'une instruction préliminaire, sur les ressources de l'établissement légataire, et la situation de fortune des héritiers que dépouille la disposition.

Tout d'abord il faut que les représentants de l'établissement légataire soient informés de la disposition. Cet avis leur sera donné par le notaire, dépositaire du testament. Cette règle est donnée par l'art. 5 de l'ordonnance du 2 avril 1817, pour tous les établissements visés par l'art. 910.

Il n'y a pas de difficulté, s'il s'agit d'un testament authentique ou mystique.

Mais comment notre art. 5 pourra-t-il s'appliquer au testament olographe?

Souvent le testateur en aura remis un exemplaire aux administrateurs intéressés.

Au cas contraire, le bénéficiaire principal du testament, qui l'a entre les mains, doit, pour obtenir l'exécution, en demander l'homologation au président du tribunal (art. 1007). Celui-ci commet un notaire entre les mains duquel il ordonne d'effectuer le dépôt du testament. Ce notaire devra remplir la formalité de l'art. 5.

Aussitôt avertis, les administrateurs acceptent provisoirement la libéralité. Nous verrons plus loin quels sont l'utilité et les effets de cette mesure.

Ensuite, ils signifient le legs, par un acte extrajudiciaire, aux héritiers, en les mettant en demeure de faire savoir s'ils consentent ou s'ils s'opposent à son exécution (art. 63 de l'ordonnance du 14 janvier 1831). Cette ordonnance ne vise expressément, par son titre, que les établissements ecclésiastiques et les communautés religieuses de femmes; mais on n'hésite pas à étendre l'art. 3 à toutes les personnes morales. Le refus de l'autorisation a principalement pour objet de protéger les héritiers. Il faut donc tout d'abord savoir s'ils se plaignent. Voyez la circulaire ministérielle du 4 juillet 1867 (D. P., 1867, 3, p. 75), et les arrêts du Conseil d'État (D. P., 1857, 3, 61; 1867, 3, 3; 1868, 3, 81). Il y a des lois spéciales à certains établissements

qui renvoient à cet art. 3. Voyez notamment pour les facultés et écoles d'enseignement supérieur le décret du 25 juillet 1885, art. 1^{er}, *in fine*.

En général, les héritiers légitimes auxquels doit être faite la signification seront connus. Le notaire les indique en dénonçant le testament.

Notre art. 3 a dû cependant prévoir la situation contraire. On affiche alors un extrait du testament, de huitaine en huitaine, et à trois reprises consécutives, au chef-lieu de la mairie du testateur, et on l'inscrit dans le journal judiciaire du département, en invitant les héritiers à adresser au préfet leurs réclamations dans le même délai.

Pour assurer l'observation de ces formalités, et d'une façon plus générale, de toutes celles qui sont relatives à l'exécution des legs dont nous nous occupons, la loi du 30 juillet 1863, dans son art. 1^{er}, ordonne à tout notaire, dépositaire d'un testament contenant un tel legs, d'en donner connaissance au préfet du département.

Ainsi le notaire a deux avertissements à donner : l'un aux administrateurs de l'établissement gratifié, afin qu'ils fassent le nécessaire pour lui procurer le bénéfice de la disposition, l'autre au préfet afin qu'il surveille l'accomplissement des formalités.

Lorsque, conformément à l'art. 3 de l'ordonnance du 14 janvier 1831, les héritiers ont fait connaître leurs sentiments, les conseils ou commissions institués pour

veiller aux intérêts des personnes morales, délibèreront sur le legs.

Ces conseils sont :

Pour le département, le conseil général.

Pour la commune et la section de commune, le conseil municipal. En ce qui touche la section, il pourra y avoir lieu aussi à l'élection d'une commission syndicale (art. 112, *in fine*).

Pour les académies, la réunion des membres.

Pour les facultés et écoles d'enseignement supérieur public, le conseil des professeurs titulaires (décret du 25 juillet 1885, art. 1^{er}).

Pour les lycées, aucune loi ne parle d'une délibération d'un conseil de professeurs. Ce conseil n'existe pas légalement, mais en pratique il se réunit, et il sera appelé à donner son avis sur le legs.

Pour les hospices et le bureau de bienfaisance, la commission administrative attachée à ces établissements (L. du 7 août 1851, art. 9 ; L. du 21 mai 1873). La délibération de cette commission est suivie de celle du conseil municipal.

Pour les chapitres, la réunion des chanoines.

Pour la fabrique, le conseil de fabrique. S'il s'agit d'un legs d'une importance secondaire, il suffira d'une délibération du bureau des marguilliers.

Pour les sociétés de secours mutuels, l'assemblée des membres actifs. Et il en est de même pour toutes

les sociétés qui ont été érigées en établissements d'utilité publique.

Il n'y a pas toujours lieu à cette délibération d'un corps. Il est des personnes morales dont les intérêts sont régis par un seul administrateur, sans l'intervention d'aucune assemblée.

Le legs est-il fait à l'État? On n'admet pas qu'il fasse l'objet d'une discussion dans les Chambres. Le président lui-même examinera le bénéfice qui en peut résulter, ce qui peut être rendu plus ou moins difficile par l'apposition de charges ou conditions. Il aura ensuite à autoriser la disposition et à l'accepter. Il tiendra compte ainsi d'intérêts différents : celui de l'État envisagé comme personne morale, ayant un domaine privé, celui des héritiers et aussi l'intérêt public, contraire à l'extension des biens de mainmorte.

Il en est de même pour le legs fait à une *mense*, ou à un séminaire. Le représentant de cette *mense*, curé ou évêque, est seul chargé de l'administrer. Le séminaire n'est soumis qu'à l'autorité de l'évêque.

Les intérêts d'une congrégation ne sont pas non plus soumis aux délibérations d'une assemblée.

Dans certains cas, la loi exige, pour compléter l'instruction, l'avis de certaines personnes.

Pour les Facultés, il faut l'avis du recteur de l'Académie (art. 1^{er} du décret du 25 juillet 1885).

Pour les établissements ecclésiastiques, l'art. 1^{er} de l'ordonnance du 2 avril 1817 exige l'avis de l'évêque.

Enfin, toutes les fois qu'un préfet adressera au président un dossier relatif à un legs fait à une personne morale de son département, il devra y joindre son avis (même texte).

Nous verrons plus loin ce qui adviendra si les corps délibérants refusent la libéralité ; nous dirons si le gouvernement peut forcer leur résistance en ordonnant l'acceptation d'office. Je suppose, pour le moment, qu'ils soient d'avis d'accepter. Il est certain qu'en général cette délibération n'est pas définitive ; autrement l'art. 910 serait inutile. Il y aura donc lieu à l'autorisation administrative. En la requérant, les représentants de la personne morale légataire devront présenter un état de sa situation pécuniaire, un tableau de son actif et de son passif vérifié et certifié par le préfet (v. l'art. 5 de l'ordonnance de 1831). Cette prescription sera rapportée à l'un des deux principaux motifs du refus de l'autorisation : le danger de la mainmorte. Si les ressources de l'établissement sont faibles, insuffisantes pour le bon fonctionnement du service auquel il se consacre, l'administration sera portée à autoriser le legs. Il en sera autrement s'il est riche, puissant, voué à une œuvre n'exigeant pas de grands revenus ; le legs ne tend alors qu'à l'accroissement des biens de mainmorte.

Lorsque le legs est fait avec une charge de services religieux, il faut produire l'acceptation provisoire de l'évêque diocésain (ord. du 2 avril 1817, art. 2). Une telle charge constitue ce qu'on appelle une disposition

pie ; elle a pour objet de faire dire des messes ou des prières pour le repos de l'âme. Le legs affecté d'une charge pie doit être adressé à un établissement ecclésiastique ; il l'est en général aux fabriques. Cette formalité est une condition préalable et nécessaire de l'autorisation. Si l'évêque refuse de ratifier la charge, le legs tombe.

Examinons maintenant la formalité même de l'autorisation. Est-elle toujours exigée ? Lorsqu'elle l'est, qui la donne ?

Deux cas peuvent se présenter : ou bien l'héritier réclame contre le legs, ou bien il déclare consentir à son exécution.

Premier cas. — L'héritier réclame ; il « produit des moyens d'opposition ». Quels sont ces moyens ? Il doit prouver qu'il est pauvre, qu'il n'a rien fait pour encourir l'exhérédation dont l'a frappé le testateur, et que ce dernier a manqué à ses devoirs de parent.

Il ne s'agit pas ici de moyens de droit tendant à montrer que la disposition est nulle. L'héritier n'a pas à invoquer devant l'administration que le testateur a été victime de captation, qu'il était mineur de vingt-un ans ou même de seize ans, que l'établissement est incapable de recevoir, qu'il n'a pas la personnalité morale, ou bien que la destination de la libéralité est en dehors de ses attributions. Tous ces moyens devront être réservés et invoqués devant les tribunaux ; la con-

cession de l'autorisation par le gouvernement n'y fera aucun obstacle (ordon. du 2 avril 1817, art. 7).

L'effet de l'opposition formée par l'héritier est de transporter dans tous les cas au chef de l'État lui-même le droit d'autoriser le legs, qu'il s'agisse d'un établissement ecclésiastique ou laïque, que la disposition soit pure et simple ou affectée de charges ou de conditions, qu'elle soit considérable ou minime, la règle est la même; c'est celle de l'art. 910 : il faut un décret. Cette exigence a pour objet de mieux protéger l'héritier, de lui assurer que sa réclamation est examinée avec soin et indépendance.

Des lois relatives à certaines personnes morales ont parfois supprimé l'autorisation présidentielle, soit simplement, soit en la remplaçant par une autorisation émanée d'un administrateur moins élevé; mais elles l'ont toujours fermement maintenue dans notre hypothèse.

Voyez, pour la commune, loi du 5 avril 1884, article 111, § 2; pour le département, la loi du 10 août 1871, art. 53; pour les hospices, les art. 9 et 10 de la loi du 7 août 1851, combinés avec l'art. 48 de la loi du 18 juillet 1837; pour les bureaux de bienfaisance, l'art. 6-19° du décret du 13 avril 1861, combiné avec le même art. 48.

Pour les fabriques, la nécessité de l'autorisation du chef de l'État est reconnue implicitement par les décrets des 12 août 1807 et 15 février 1862; en effet, ces

textes, en donnant compétence, le premier au préfet, le deuxième au sous-préfet, limitent cette décision au cas où il n'y a point de réclamation de la part des héritiers.

Notre règle devra être appliquée, même dans des hypothèses où la loi ne réserve, ni expressément, ni même tacitement, l'intervention du président. Ainsi, d'après l'ordonnance du 2 avril 1817, art. 1^{er} *in fine*, le legs qui n'excède pas 300 francs doit être autorisé par le préfet. De même, d'après le décret du 26 mars 1852, sur les sociétés de secours mutuels, art. 8, le préfet donne l'autorisation de recevoir pour les legs qui n'excèdent pas 5,000 francs. On décidera, dans ces deux cas, malgré le silence de la loi, que, si les héritiers réclament, le préfet devient incompétent, et le droit d'autorisation passe au président.

Deuxième cas. — Les héritiers déclarent consentir à l'exécution du legs ; tout au moins ils ne s'y opposent pas.

La règle est encore l'autorisation présidentielle (art. 910), mais elle comporte ici d'importantes exceptions.

Je trouve, tout d'abord, une exception très générale dans l'art. 1^{er} de l'ordonnance du 2 avril 1817 *in fine* : Toutes les fois qu'un legs n'excède pas 300 francs, la compétence appartient au préfet.

Certaines lois sont venues, postérieurement à ce texte, régler la capacité de recevoir de certains établissements particuliers, et elles n'ont pas rappelé la disposition de cet art. 1^{er}. (Voyez, pour les congrégations religieuses de femmes, la loi du 24 mai 1825, art. 4-1^o ; pour les Facultés, le décret du 25 juillet 1885, art. 1^{er}).

Que devra-t-on décider, si une somme n'excédant pas 300 francs est léguée à l'un de ces établissements ?

Je crois que l'art. 1^{er} de la loi de 1817 sera applicable, et que le préfet sera compétent. Cette disposition a un caractère spécial, en tant qu'elle vise les legs n'excédant pas 300 francs. Les autres textes posent le principe de l'autorisation présidentielle d'une façon générale, et quelle que soit la somme. Or, c'est un principe d'interprétation certain qu'une solution spéciale n'est pas abrogée par une solution générale : *Speciei per genus non derogatur*.

Il y a, en second lieu, des exceptions spéciales aux divers établissements.

Legs aux départements, communes et sections de commune. Si le legs s'adresse au département, ou si, étant fait à une commune ou section, il est pur et simple, c'est-à-dire non grevé de charges, la règle est très simple. Aucune autorisation présidentielle, ni même simplement préfectorale, n'est requise. Cette règle est écrite, pour le département, dans la loi du 10 août 1871,

art. 53, 1^{er} alinéa, et, pour la commune ou section, dans la loi du 5 avril 1884, art. 111, 1^{er} alinéa. Est-ce à dire que la famille soit sacrifiée, que toute mesure de protection lui soit enlevée ?

Je ne crois pas qu'il en soit ainsi. Il y a lieu, en effet, à une délibération du conseil général dans le premier cas, du conseil municipal dans le second. Ces corps délibérants ne se préoccuperont pas uniquement des intérêts de la personne morale. Ils exerceront, dans l'intérêt de la famille, le contrôle et la surveillance, qui appartiennent d'ordinaire au président et au préfet ; ils possèdent, en un mot, le droit d'autorisation. Les lois de 1871 et de 1884 n'ont pas entendu donner la capacité absolue de recevoir aux personnes morales dont nous nous occupons, et abandonner les familles au caprice d'un testateur vaniteux qui oublie ses devoirs envers ses parents pour obtenir le titre de fondateur. Elles ont voulu simplement que cette capacité ne pût pas être limitée par le pouvoir central, et elles ont transporté aux conseils locaux la délicate mission de concilier les intérêts de nos personnes morales et ceux de la famille. Les conseils généraux ou municipaux refuseront la libéralité, si elle leur paraît dépouiller d'une façon injuste les parents du testateur.

Ce pouvoir si large des conseils locaux constitue une innovation.

D'après la loi du 18 juillet 1866, lorsque le legs adressé au département était grevé d'une charge ou d'une affectation immobilière, le préfet avait le droit de s'opposer à la délibération du conseil général qui décidait l'acceptation. En d'autres termes, la délibération n'était pas définitive, et était soumise au droit de veto du préfet (V. aussi le décret du 25 mars 1852, A, 1^{re} partie, 7°) (1).

Pour les communes, d'après la loi du 24 juillet 1867, art. 1^{er}-9°, la délibération du conseil municipal n'était souveraine qu'autant que le maire était d'accord avec lui. Autrement il fallait l'autorisation préfectorale. D'après le décret du 25 mars 1852, il fallait toujours l'autorisation préfectorale (A, 42°), et il en était de même d'après le décret du 13 avril 1861, A, § 49. La loi du 18 juillet 1837 exigeait un décret quand le legs dépassait 3,000 francs. Au-dessous, il suffisait d'un arrêté préfectoral.

Lorsque le legs, fait à la commune ou section, contient des charges ou conditions, l'art. 111, 1^{er} alinéa de la loi du 5 avril 1884, exige l'autorisation du préfet en conseil de préfecture. Il faut ici un examen attentif, peut-être même des connaissances spéciales, pour apprécier le bénéfice qui résultera du legs. La disposition qui, à première vue, a paru avantageuse au conseil

(1) D'après ce texte la délibération n'était jamais définitive. S'il y avait des charges, il fallait une approbation par décret; sinon, il suffisait d'un arrêté préfectoral.

municipal, pourra sembler, sous l'analyse plus exacte du conseil de préfecture, préjudiciable à la commune.

Cette solution de la loi actuelle est conforme à la législation antérieure, telle qu'elle résultait de la loi du 25 juillet 1867, art. 1^{er}, § 9, combinée avec le décret du 13 avril 1861, A, § 49.

Legs aux hospices, hôpitaux et bureaux de bienfaisance. — On applique ici la loi de 1837, art. 48, modifiée par le décret du 13 avril 1861, art. 6-19°.

Que l'art. 48 s'applique à ces établissements, c'est ce qui résulte des expressions « établissements communaux » contenues dans ce texte et qui leur conviennent certainement. De plus, il résulte de la loi du 7 août 1851 sur les hospices et hôpitaux (art. 9 et 10), que les legs qui leur sont faits sont soumis, pour l'autorisation, aux mêmes règles que ceux adressés aux communes. Ces règles étaient alors celles de l'article 48 de la loi de 1837. Elles ont été ensuite modifiées par le décret du 13 avril 1861, art. 6-19°. Bien que ce texte ne vise que les bureaux de bienfaisance, on est d'accord pour l'étendre aux hospices. Si la valeur du legs est supérieure à 3,000 francs, il faut un décret. Au-dessous de cette somme il en est de même, si le legs est immobilier; mais, s'il est mobilier, un arrêté du sous-préfet suffit.

Les règles sont différentes pour les asiles d'aliénés créés par la loi du 30 juin 1838. Ils ne constituent pas des personnes morales distinctes du département.

Leurs biens, leurs intérêts se confondent avec le patrimoine départemental. Leurs commissions administratives, aux termes de l'ordonnance du 18 décembre 1839, n'ont aucun pouvoir; leur mission est simplement consultative. Ce sont le conseil général et le préfet qui agissent et délibèrent relativement à leurs affaires. Le legs devra être considéré comme fait au département lui-même, avec la charge d'affecter les sommes au service de l'asile indiqué par le testateur. En conséquence il n'y aura lieu à aucune autorisation; la délibération du conseil général sera définitive.

Lycées. — Si le legs est mobilier, quelle qu'en soit la valeur, il n'y a pas lieu à l'autorisation présidentielle. Il suffit d'un arrêté du ministre de l'intérieur (Batbie, *Précis de droit administratif*, p. 257).

Fabriques. — Aux termes du décret du 15 février 1862, si le legs n'excède pas 1,000 francs, il pourra être autorisé par arrêté préfectoral. De plus, d'après le décret du 12 août 1807, un simple arrêté du sous-préfet suffit, aux deux conditions suivantes : que la fabrique soit métropolitaine, et que le legs n'excède pas 300 francs.

Sociétés de secours mutuels. — Lorsqu'il s'agit d'un legs mobilier n'excédant pas 5,000 francs, l'autorisation est donnée par le préfet (art. 8 du décret du 26 mars 1852).

L'autorité qui est appelée à donner à une personne morale l'autorisation de recevoir un legs peut l'accorder

simplement, et alors il n'y a plus qu'à accepter. Elle peut aussi, en refusant l'autorisation, rendre le legs absolument inutile. Enfin, l'administration a la faculté de n'autoriser la libéralité que pour une partie et d'en retrancher l'autre qui restera dans la succession *ab intestat*. C'est ce qu'on appelle le droit de réduction. Les motifs qui portent l'autorité administrative à réduire le legs sont les mêmes que ceux qui déterminent le refus d'autorisation. Nous avons dit que dans certains cas, les conseils généraux et municipaux ont le pouvoir d'autoriser le legs; ils peuvent alors décider aussi qu'il n'y aura lieu qu'à une acceptation partielle.

Un legs universel est fait à une personne morale. L'administration juge la disposition exagérée et elle la réduit au tiers des biens ou à une fraction quelconque de l'hérédité. Le legs change-t-il de nature par l'effet de cette réduction et devient-il à titre universel?

Intérêt de la question. — Si le legs reste universel, la saisine appartiendra à la personne morale, de plein droit, au jour où interviendra la décision du gouvernement et elle n'aura pas besoin de demander la délivrance; de plus, elle pourra avoir droit aux fruits à partir du décès. Cette demande sera au contraire nécessaire, si le legs devient à titre universel, et la personne morale n'aura droit aux fruits que du jour de son introduction.

Au point de vue de l'obligation de payer les dettes, la question présente-t-elle de l'intérêt? Je suppose tout

d'abord admise comme certaine la solution si douteuse et si contestée donnée par la Cour de cassation, d'après laquelle les légataires universels ou à titre universel sont tenus des dettes et des legs *ultra vires*, c'est-à-dire au delà de leur émolument (1). Cela ne signifie pas, bien entendu, qu'un légataire à titre universel soit tenu de la totalité des dettes. Légataire d'un tiers de l'hérédité, il ne peut être tenu que du tiers des dettes ; mais, pour cette fraction, il sera obligé sur tous ses biens.

Ceci posé, je ne crois pas qu'il y ait intérêt au point de vue qui nous occupe à opter entre les deux solutions. Quand même on déciderait que le legs universel, réduit au tiers des biens, reste universel, la personne morale ne serait pas pour cela tenue à la totalité des dettes. Cette étrange prétention fut formulée devant la Cour de Nîmes par les héritiers Lacoste, agissant contre la commune de Collorgues, que le testateur avait instituée légataire universelle. Un décret impérial ayant réduit au quart des biens la libéralité faite à la commune, ces héritiers voulaient que celle-ci n'en fût pas moins tenue à la totalité des dettes. Ils s'appuyaient sur ce que le décret de réduction ne modifiait pas le caractère universel du legs. — La Cour de Nîmes se crut forcée, pour faire tomber cette prétention, de repousser le point de départ et d'admettre que le legs devenait simplement à titre universel.

(1) Cassation, 13 août 1851 (D., 1851, 1, 283).

Cela n'était pas nécessaire. En ce qui concerne le payement des dettes, il y a en effet le principe supérieur d'équité : *ubi emolumentum, ibi onus esse debet*. Ce principe est affirmé dans le Code, notamment par l'art. 873, d'après lequel les héritiers légitimes doivent contribuer avec les légataires universels à l'acquittement des charges de la succession et par l'art. 1017, d'après lequel les héritiers du testateur ou *autres débiteurs d'un legs*, sont personnellement tenus de l'acquitter, chacun proportionnellement à la part qu'il recueille dans la succession. Il était dès lors certain que la commune de Collorgues, dans l'espèce jugée par la Cour de Nîmes, n'était tenue que pour le quart des dettes héréditaires et que les héritiers Lacoste pouvaient être poursuivis pour le surplus. Cela pouvait être décidé sans même soulever la question qui nous occupe.

La Cour de cassation la tranche en ce sens que, le legs déclaré universel par le testateur reste tel (1), malgré la réduction. Ainsi le veut, dit-on, le respect dû à la volonté du testateur. Décider autrement, ce serait refaire le testament, ce qui n'est pas permis au pouvoir administratif.

(1) Aff. Fieffé, C. ville de Bordeaux; arrêt précité, D., 67, 1, 107. Cet arrêt rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de Bordeaux (D., 65, 2, 150). — *Sic* Durocq, 6^e édit., n° 1446, et les arrêts de Lyon et d'Amiens précités, n° 28 *ter* 1, note 1); Demolombe, Pont, précités (*ibidem*).

L'opinion contraire, défendue par M. Laurent (1), invoque des arguments qui me la font préférer.

Tout d'abord, l'opinion de la jurisprudence conduit à des résultats bien extraordinaires. Supposons le legs universel réduit à un objet déterminé, par exemple à une somme fixe. Ce legs demeurera-t-il universel ?

Alors le légataire se trouve saisi de plein droit à partir de l'autorisation et il n'a pas besoin d'agir en délivrance pour obtenir le seul objet auquel il ait droit. Bien plus, l'héritier légitime, réintégré par le décret dans ses droits *ab intestat*, devra demander la délivrance de la succession à ce légataire qui, pour avoir droit à un seul objet, est saisi de toute l'hérédité.

D'autre part, l'établissement légataire aura, selon la jurisprudence, droit aux fruits, à partir du décès, car c'est là sa solution ordinaire en ce qui concerne le droit de jouissance d'une personne morale, légataire universelle. Quant à l'héritier légitime, on devra logiquement décider qu'il n'aura droit aux fruits qu'à partir de sa demande en délivrance, à moins qu'il ne l'intente dans l'année du décès. Dans ce dernier cas, la jurisprudence l'assimilerait peut-être à un légataire à titre universel et lui donnerait les fruits à partir du décès.

Ces solutions bizarres témoignent contre le point de départ consistant à dire que le legs ne change pas de nature bien qu'il change d'objet.

(1) XI, n° 299.

Si j'ouvre le Code, j'y lis que c'est l'objet du legs qui détermine sa nature. Comprend-il l'universalité des biens? il est universel (art. 1003); une quote-part de la succession? il est à titre universel (1010); un objet déterminé? il est particulier (1010, 2^e alin.). Or, chacun admet que le gouvernement peut modifier l'objet du legs; la conséquence doit être qu'il change de nature. Mais, dit-on, il faut considérer l'objet légué dans le testament même, et qualifier la vocation du légataire, selon la volonté du disposant. Il résulte, en effet, de l'art. 1005, que la nature du legs est déterminée par le seul contexte de la disposition. En d'autres termes, le caractère du legs est fixé aussitôt que le droit s'ouvre; bien plus, il l'est dès que la disposition est rédigée.

Qu'importe, ajoute-t-on, que l'émolument du légataire universel soit plus ou moins diminué par la suite. Quand des legs particuliers épuisent l'hérédité, le legs universel change-t-il pour cela de nature? Loin de là! le légataire universel reste si bien saisi de la totalité de l'hérédité, qu'après avoir employé tous les biens du défunt à payer ces legs, il devra encore payer les dettes sur ses biens personnels.

Ce dernier argument prouve trop. Si l'analogie entre le légataire universel dépouillé par des legs particuliers et celui qui subit la réduction existait, il faudrait dire que le légataire universel réduit à une part peut-

être infime de la succession, paye la totalité des dettes, et c'est ce que personne n'admet.

La vérité est que, en ce qui touche les legs aux personnes morales, le testateur, qui a sans doute l'initiative de ses dispositions, ne peut rien léguer que dans la mesure où le pouvoir social le lui permet. C'est l'autorisation qui fait le legs valable, en rendant la personne morale capable de recevoir. Cette capacité n'existe que dans la limite de l'acte d'autorisation. Par suite la commune n'est capable que de recevoir la moitié, le tiers ou le quart de la succession ; elle n'est habile que pour un legs à titre universel, si le gouvernement le veut ainsi. On ne saurait faire produire à la volonté du testateur un effet plus considérable.

Je déciderai de même que, si le gouvernement réduit le legs à un objet déterminé, il devient à titre particulier.

Lorsque le gouvernement, ou l'autorité administrative compétente, réduit le legs, peut-il désigner les personnes qui profiteront de la réduction ? Le *de cujus* a des parents pauvres, et d'autres qui sont dans l'aisance. Dans l'acte de réduction, peut-on ordonner que la portion retranchée au legs appartiendra aux premiers ? Je ne le crois pas. Le seul pouvoir du gouvernement est de ne conférer la capacité de recevoir que pour une portion du legs.

Pour l'autre partie, le legs est nul comme s'adressant à un être radicalement incapable, et les biens sur

lesquels il porte restent dans la succession *ab intestat* ; dès lors ils appartiennent aux héritiers légitimes dans la proportion de leurs parts héréditaires. L'administration ne peut rompre l'égalité entre eux ; au testateur seul il appartenait d'établir des préférences. Puisqu'il ne l'a pas fait, sa succession doit être régie uniquement par la loi. Le gouvernement ne saurait disposer de l'hérédité au lieu et place du défunt, et faire de véritables legs auxquels il n'a jamais pensé.

CHAPITRE IV

DE LA SAISINE ET DE L'ACCEPTATION

Tant que l'autorisation administrative n'est pas accordée, la personne morale est frappée d'une incapacité de recevoir radicale ; le legs est en quelque sorte suspendu ; il attend l'existence juridique de la décision de l'autorité. Il ne saurait donc y avoir lieu à une acceptation proprement dite, faisant acquérir les biens légués à l'établissement institué. Mais la loi autorise une acceptation provisoire qui peut intervenir et qui intervient généralement aussitôt après le décès (V. notamment l'art. 113 de la L. du 5 avril 1884).

L'utilité de l'acceptation provisoire ne s'aperçoit pas aussi bien pour les legs que pour les donations. A l'égard de celles-ci, si l'on s'en était tenu à la rigueur de l'art. 937, et si l'on avait exigé absolument que l'acceptation suivit l'autorisation, l'établissement donataire aurait couru le danger de perdre la libéralité. Que le donateur se repente ou vienne à mourir dans le temps souvent assez long qui s'écoule entre la pollici-

tation et l'autorisation administrative, il n'y aura rien de fait; l'espérance de l'établissement s'évanouira. Grâce à l'acceptation provisoire, le contrat de donation va se former presque immédiatement après l'offre, et le donateur se trouvera lié. Certes la donation ne sera pas parfaite, et il restera à remplir la condition de l'autorisation; mais celle-ci est indépendante de la volonté du donateur. Ce dernier vient-il à mourir ou à se repentir? L'établissement n'en gardera pas moins le bénéfice de la libéralité, s'il se fait autoriser à accepter. Ce motif ne saurait expliquer l'acceptation provisoire, en ce qui concerne les legs. C'est pour cela que généralement les auteurs paraissent croire qu'elle est ici inutile (Batie, V, n^{os} 102, 103, 269).

Je ne dirai pas que l'acceptation provisoire rend possibles les actes conservatoires. Le représentant de la personne morale pourrait les accomplir indépendamment de toute acceptation provisoire, car cette personne a incontestablement un droit éventuel aux biens légués, droit subordonné à l'autorisation administrative, et cela suffit (art. 1180). L'effet propre de cette formalité sera de permettre les actes d'exécution du legs (1), sauf pour la personne morale l'obligation

(1) V. Ducrocq, n^o 1443, et Laurent, XI, n^o 287.

En Belgique, la loi sur les fondations d'instruction publique du 19 décembre 1864 (*Pasinomie*, année 1864, p. 533) dispose dans l'art. 47, 1^{er} alinéa : « Les libéralités faites par actes entre vifs seront toujours acceptées sous réserve de l'appro-

de remettre les choses dans l'état antérieur si l'autorisation est refusée.

Le premier de ces actes d'exécution est la demande en délivrance qui est imposée aux personnes morales comme aux simples citoyens (Ducrocq, n° 1443). Cette demande n'est pas une simple mesure conservatoire, puisqu'elle tend au payement du legs (Laurent, XIV, n° 70 et 56). Dès lors leurs représentants pourront, au lendemain même de la mort du testateur, accepter provisoirement le legs et en demander aussitôt après la délivrance. Cela aura un très grand intérêt au point de vue de l'acquisition des fruits par la personne morale. Le legs est-il à titre particulier? La personne morale gagnera les fruits à partir de cette action en délivrance (art. 1014). Est-il universel, distinguons deux cas.

1° S'il y a des réservataires, la personne morale gagnera les fruits à compter du décès en intentant la demande en délivrance dans l'année qui le suit. Si elle

bation de l'autorité compétente. Cette acceptation liera sous la même réserve le donateur dès qu'elle lui aura été notifiée.» — Ainsi l'acceptation provisoire n'est pas permise pour les legs. Le législateur n'a probablement pas pensé qu'elle pût être utile. Mais, en sens inverse, il impose l'acceptation provisoire des donations, tandis que, dans notre législation, elle fait simplement l'objet d'une faculté. D'ailleurs, l'acceptation provisoire des donations n'existe en Belgique que si elles sont adressées à des établissements d'instruction publique. Pour tous les autres, il n'a pas été dérogé à l'art. 937, et l'acceptation ne peut venir qu'après l'autorisation.

l'exerce plus tard, elle aura droit aux fruits à partir du jour où elle aura été introduite (art. 1005). Peu importe la date de l'autorisation.

2° Si les héritiers ne sont pas réservataires, elle devrait d'après le droit commun avoir la saisine et la jouissance des biens légués dès le décès (art. 1006). — On repousse généralement cette solution (Ducrocq, n° 1443 ; Laurent, XI, n° 297 ; Demolombe, XVIII, n° 601). L'effet du legs est subordonné à l'autorisation du gouvernement. Le droit de la personne morale n'est pas affecté d'une condition simplement résolutoire, pour le cas où elle serait refusée ; il est soumis à la condition suspensive de cette autorisation (Laurent, XI, n° 296 et D. P., 68, 1, 447 ; 71, 1, 12). Jusque-là il est incertain, et la saisine ne se conçoit pas. Mais, cette condition étant accomplie, la personne morale n'a pas besoin d'exercer d'action en délivrance. L'héritier non réservataire se trouve en face d'un légataire universel dont le droit est certain, et il ne saurait conserver le bénéfice de la saisine (art. 1006). Celle-ci passe donc de plein droit à cette personne par le seul effet de l'autorisation. Si cette autorisation est accordée dans l'année du décès, la personne morale gagnera les fruits à partir de cette dernière époque. Si elle intervient postérieurement, elle ne saurait avoir aucun moyen de mettre sa jouissance à l'abri des retards de l'administration. Elle pourra accepter provisoirement et agir en délivrance : si cette demande est exercée dans l'année

du décès, elle gagnera les fruits à partir de cette époque, sinon, seulement à partir de l'introduction de l'action; mais, dans l'un et l'autre cas, elle les fera courir, sans attendre la décision administrative.

Une controverse s'élève ici. Une année s'est écoulée depuis le décès; puis l'autorisation intervient, ou bien la personne morale, en l'attendant, agit en délivrance après acceptation provisoire. Il est incontestable qu'elle gagne les fruits à partir de l'un ou l'autre de ces événements, mais les acquiert-elle aussi pour le temps qui les a précédés, conformément à l'art. 1006? La jurisprudence distingue: si l'héritier, saisi bien que non réservataire, a ignoré le testament, on doit le considérer comme possesseur de bonne foi et lui laisser gagner les fruits (art. 549 et 550). Mais s'il a connu le legs, il devra restituer à cette personne la totalité des fruits perçus (D. P., 68, 1, 447, Ducrocq, n° 1444). En effet, il a alors, dit-on, possédé en pleine connaissance de cause la chose d'autrui, car, l'autorisation constituant une condition suspensive, son obtention a un effet rétroactif, et la personne morale doit être réputée propriétaire dès le décès.

Je pense au contraire que l'héritier gagnera les fruits même s'il a pleine connaissance du testament. Tout d'abord l'argument tiré de l'art. 549 prouve trop. Qu'on suppose un legs particulier adressé à une personne ordinaire, l'héritier connaissant le testament. D'après la jurisprudence, celui-ci est de mauvaise foi,

et il faudrait logiquement décider que, par application de l'art. 549, les fruits appartiendront dès le décès au légataire. Or, la loi dit précisément le contraire dans l'art. 1014. L'héritier gagne les fruits des biens légués à partir du décès, et le légataire n'y a droit que du jour de la demande en délivrance. Soit de même un legs universel fait à un particulier, alors qu'il y a un héritier réservataire ayant connaissance complète du testament. Le légataire demande la délivrance plus d'un an après le décès. Depuis quand a-t-il droit aux fruits ? D'après la jurisprudence, il gagnerait les fruits depuis le décès, conformément au principe de l'art. 547, car il est propriétaire depuis cette époque ; l'héritier d'ailleurs ne saurait bénéficier de l'exception contenue dans l'art. 549, car il est de mauvaise foi. D'après la loi, au contraire, le légataire universel n'a droit aux fruits qu'à compter de la demande en délivrance. A l'inverse, supposons dans la même hypothèse, le réservataire de bonne foi et la demande en délivrance intentée dans l'année du décès. D'après la jurisprudence, le réservataire devrait gagner les fruits jusqu'à la demande en délivrance. D'après la loi, il doit restituer la totalité des fruits (art. 1005). Il est donc impossible, d'appliquer à l'héritier la distinction entre la possession de bonne foi et celle de mauvaise foi, en ce qui concerne ses rapports avec le légataire, au point de vue de la restitution des fruits.

D'un autre côté, il n'est pas exact de considérer

comme possesseur de mauvaise foi l'héritier qui a connaissance du legs fait à la personne morale. Le possesseur de mauvaise foi est celui qui possède en vertu d'un acte translatif de propriété dont il connaît les vices (art. 550). Or, l'héritier a bien un titre d'acquisition, la succession *ab intestat* (art. 711), mais je ne vois pas qu'il soit vicié par aucun titre contraire. Le legs universel est en effet suspendu jusqu'à l'autorisation; s'il n'a pas d'existence, il ne saurait vicier le titre de l'héritier et l'empêcher de gagner les fruits. « A vrai dire, écrit M. Laurent (t. XI, n° 287), son titre n'est pas vicié, car il possède en vertu de la loi qui suspend le legs fait en faveur de l'établissement public. » — Ma solution est en harmonie avec les décisions du droit coutumier. La saisine ne peut appartenir qu'aux parents appelés à la succession par la coutume.

Elle comportait la possession, les actions du propriétaire et la jouissance (Pothier, *Introduction à la Coutume d'Orléans*, n° 95, et surtout des *Donations testamentaires*, n° 287). Tant que l'héritier est saisi, il doit gagner les fruits; la jouissance est la conséquence forcée de la saisine, et cela est très juste. L'héritier saisi a la garde de la succession; il l'administre, veille à la conservation de toutes les valeurs héréditaires. On doit lui accorder une compensation pour les soins qu'il donne à des choses qu'il lui faudra ensuite abandonner au légataire. C'est pour cela qu'en général la loi fait

gagner les fruits à l'héritier saisi jusqu'à l'époque de la demande en délivrance. Il n'y a d'exception que dans le cas où un légataire universel, en concours avec un héritier réservataire, demande la délivrance dans l'année du décès (art. 1005, 1^{er} alin.), et cette exception constitue une véritable anomalie (Laurent, t. XIV, n° 66).

Supposons enfin que la personne morale ait reçu un legs à titre universel. La faculté d'accepter provisoirement permettra à son représentant d'agir promptement en délivrance. Si elle est intentée dans l'année du décès, gagnera-t-elle les fruits à partir de cette époque, ou seulement à partir de l'introduction de la demande ? Cette controverse ne doit pas être discutée ici, car elle n'est pas spéciale aux personnes morales. C'est la question de savoir si l'on doit appliquer l'art. 1005, 1^{er} alinéa, aux legs à titre universel. L'opinion que je préfère est celle qui les soumet à l'art. 1014, et d'après laquelle par conséquent un légataire à titre universel, comme un légataire particulier, n'a droit aux fruits qu'à partir de la demande en délivrance (*sic*, Laurent, XIV, n° 66, *in fine*. *Contra*, Aubry et Rau, VI, p. 160, n° 4 ; Demolombe, t. XXI, n° 597).

L'utilité de l'acceptation provisoire démontrée, dans quels cas y aura-t-il lieu à cette formalité ?

L'art. 113 de notre loi municipale la présente comme simplement facultative pour le maire ; en pratique il la fait toujours. Nous la voyons consacrée

pour les départements par la loi du 10 août 1871, article 53, et, pour les hospices, par celle du 7 août 1851, art. 11. — Pour les bureaux de bienfaisance, il n'y a pas de texte précis, mais on est d'accord pour l'admettre. Il importe qu'un bureau de bienfaisance puisse, grâce à l'acceptation provisoire, agir en délivrance, et mettre son droit aux fruits des biens légués à l'abri des retards de l'autorisation administrative.

D'autre part, l'art. 48 de la loi du 18 juillet 1837, qui autorisait l'acceptation provisoire, s'appliquait, non seulement aux communes, mais aussi aux établissements communaux, expression qui comprenait certainement les bureaux de bienfaisance. Il est vrai que la loi de 1837 a été abrogée par celle de 1884, art. 168-6°, mais ce dernier texte n'a certainement pas entendu ôter cette faculté aux bureaux de bienfaisance (Batbie, V, n° 269). Je donnerai la même décision pour toutes les personnes morales, établissements publics ou d'utilité publique auxquels le législateur ne l'a pas expressément accordée.

Les administrateurs qui font l'acceptation provisoire sont ceux-là mêmes qui procèdent à l'acceptation définitive. Celle-ci a lieu après la concession de l'autorisation administrative, alors que le droit au legs est ouvert. Elle est faite par les représentants des personnes morales légataires, dont voici l'énumération, empruntée presque entièrement à l'ordonnance du 2 avril 1817, art. 3 :

Personnes morales publiques. — Pour l'État, l'acceptation est faite par le président de la République lui-même. Certains auteurs donnent cette attribution au ministre des finances (Batbie, t. V, n° 8). Je repousse cette opinion; c'est en effet le président et non pas le ministre qui représente l'État. Ici donc, l'autorisation de recevoir et l'acceptation seront confondues dans un même acte, qui sera un décret. Pour le département, l'acceptation émanera du préfet (L. du 10 août 1871, art. 53), et pour la commune, du maire.

Établissements publics de charité. — L'acceptation des legs adressés, soit aux bureaux de bienfaisance, soit aux hospices, est faite par les commissions administratives. On sait en effet que, pour les personnes morales, le droit administratif n'applique pas la célèbre règle : Délibérer est de plusieurs, agir est d'un seul. La commission administrative délibère sur les intérêts de la personne morale, et la représente dans les actes.

Établissements publics d'instruction. — Les legs sont acceptés pour les cinq académies, par les secrétaires perpétuels; pour les facultés, par les doyens; pour les écoles supérieures de l'instruction publique, par leurs directeurs (déc. du 25 juillet 1885, art. 2); pour les lycées enfin, par les proviseurs.

Établissements publics religieux. — Le évêques acceptent les legs adressés : 1° aux évêchés ou *menses* épiscopales; 2° aux séminaires; 3° aux fabriques mé-

tropolitaines (déc. du 30 décembre 1809, art. 113). Les curés acceptent pour les *menses curiales*, les trésoriers pour les fabriques paroissiales (même décret, art. 38), les doyens des chapitres, pour les *menses capitulaires*. — Pour les paroisses et consistoires protestants, l'acceptation est faite par le consistoire. Le culte israélite possède également des personnes morales : les synagogues, les consistoires départementaux et le consistoire central. Des assemblées portant également le nom de consistoires les représentent et acceptent les legs qui leur sont adressés.

S'agit-il d'un établissement d'utilité publique? L'acceptation est faite par ses administrateurs réunis en un conseil ou bureau, semblable aux commissions administratives, et chargé de représenter l'établissement.

CHAPITRE V

DE L'ACCEPTATION D'OFFICE

Il est possible que les différents conseils chargés de délibérer sur les intérêts des personnes morales soient d'avis de refuser le legs. Par exemple, ils estiment que les biens légués sont d'un entretien trop coûteux, ou bien le testateur a imposé à son légataire des charges très fortes qui paraissent absorber la totalité du legs. Dans certains cas, cette décision est définitive, et n'a besoin d'être approuvée par aucune autorité. Le représentant de la personne morale doit immédiatement déférer à cette délibération en refusant le legs. D'autres fois, au contraire, la délibération portant refus n'est pas exécutoire par elle-même : la loi veut qu'elle soit approuvée. Or, le gouvernement, appelé à donner cette approbation, peut la refuser. Dans ce dernier cas, il a nécessairement le droit d'ordonner au représentant de la personne morale d'accepter le legs, malgré la volonté contraire du conseil. Autrement, l'acceptation ne pouvant avoir lieu, la délibération portant refus se trouverait

en fait exécutée sans le consentement de l'autorité supérieure, et la loi serait violée. On appelle acceptation d'office celle qui intervient dans ces circonstances.

L'acceptation d'office n'a jamais lieu pour les legs faits aux établissements d'utilité publique. Le refus de leurs représentants est définitif. Certes leur volonté n'est pas toute-puissante; ils ne peuvent pas acquérir librement, et il leur faut en général l'autorisation de l'administration; mais ils ont un droit d'initiative absolu, et si leur volonté ne suffit pas pour opérer des modifications dans le patrimoine de la personne morale, elle est, du moins, indispensable. Le gouvernement n'a qu'un pouvoir de contrôle, de surveillance, de veto. Il peut bien empêcher un établissement d'utilité publique d'acquérir un legs que ses représentants voudraient bien accepter; mais il ne peut pas, forçant leur résistance et se substituant à eux, faire entrer dans son patrimoine une libéralité dont ils ne veulent pas. Il en est autrement pour les établissements publics. En règle générale, le gouvernement peut ordonner l'acceptation d'office. Ces personnes morales se lient à l'organisation du pays; leur administration se rattache d'une façon plus ou moins directe à celle de l'Etat. Le gouvernement a ici un droit de direction supérieure. Si l'administration centrale estime que le refus de la libéralité est contraire aux intérêts de l'établissement public, qu'ils ont été mal appréciés par ceux qui en sont spécialement chargés, elle ordonnera à son repré-

sentant de l'accepter. Cette règle comporte une exception en ce qui concerne les départements et les communes. De la loi du 10 août 1871, art. 53, il résulte que, si la famille n'élève aucune réclamation contre le legs fait à un département, le préfet devra le refuser, en vertu de la seule délibération du conseil général. Cette délibération est définitive, exécutoire; le gouvernement ne peut rien contre elle. Il en est autrement si la famille réclame. Peut-être, en effet, le conseil général s'est-il laissé trop facilement émouvoir par les plaintes des héritiers, et a-t-il, sans bonne raison, sacrifié les intérêts du département. Le gouvernement est appelé, soit à rectifier ce refus, soit à ordonner au préfet, s'il le désapprouve, d'accepter d'office. Pour les communes, la loi de 1884 a conféré aux conseils municipaux un pouvoir plus large encore que celui que nous venons de reconnaître aux conseils généraux. D'après l'art. 112 de cette loi, le conseil municipal a le droit de décider d'une façon définitive le refus du legs fait à une commune. Il n'y a pas à distinguer selon que la famille réclame ou non. Le seul droit du préfet est d'inviter le conseil, par un arrêté motivé, à revenir sur sa première délibération; si le conseil persiste dans son opinion par une nouvelle délibération, celle-ci devient exécutoire, et le maire doit refuser. Cette souveraineté du conseil municipal, en matière de refus de legs, comporte une exception lorsqu'il s'agit d'un legs adressé à une section de commune (art. 112 *in fine*).

D'après ce texte, il sera procédé comme il est dit au § 3 de l'art. 111. Dès lors il y aura élection d'une commission syndicale, conformément à l'art. 129. Celle-ci délibérera à nouveau sur l'acceptation, et sa délibération devra toujours être approuvée par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique. Ainsi le refus de cette commission n'est pas exécutoire ; il doit être ratifié par un décret, et par conséquent, si le président ne l'approuve pas, il ordonnera au maire d'accepter d'office. Comment expliquer cette exception ou plutôt ce retour à la règle ? Le conseil municipal, a-t-on dit dans la discussion de notre loi (loi municipale de 1884 annotée par Sirey. art. 112), n'a peut-être eu pour but, en refusant la libéralité faite à une section de la commune, que d'obliger le disposant à l'adresser à la commune elle-même ; il faut protéger les sections contre de tels calculs. Cette observation était sans doute exacte pour les donations, mais elle ne s'appliquait pas aux legs. Le disposant étant mort, le conseil municipal ne saurait songer à le contraindre de changer de légataire, en rendant inutile sa libéralité par un refus. Il y a là un défaut de logique qui a passé probablement inaperçu.

CHAPITRE VI

DES LEGS COMPLEXES OU CONNEXES

Il est possible qu'un legs contienne plusieurs libéralités, deux par exemple, faites à des établissements différents. Elles sont connexes ou complexes. Elles sont connexes lorsque l'une ne peut produire son effet sans l'autre. Elles sont alors intimement liées; on ne saurait autoriser la première et rejeter la seconde : une même décision doit leur être appliquée. Quelle autorité la donnera? Pas de difficulté si, même à supposer les deux dispositions faites distinctement, c'est la même autorité qui devrait statuer. Par exemple, je lègue 1,000 francs à la fabrique de ma commune, à charge d'en verser 300 à la supérieure de telle congrégation reconnue : la compétence appartiendra au préfet. Si au contraire l'autorisation relève de deux administrateurs distincts, le plus élevé attirera à lui la compétence (Voy. Av. du Cons. d'État du 27 déc. 1855, 2^e considérant, rapporté par Dufour, t. V, p. 369). Un legs n'excédant pas 1,000 francs est adressé à une fabrique, à

charge de remettre 300 francs au bureau de bienfaisance, et il ne soulève aucune réclamation de la famille. Il y a là : 1° une libéralité faite à la fabrique, qui relève du préfet (déc. du 15 février 1862); 2° une libéralité faite à un bureau de bienfaisance, qui relève du sous-préfet (déc. du 13 avril 1861, art. 6). C'est le préfet qui statuera sur l'ensemble du legs. Soit de même un legs d'une valeur quelconque adressé à une commune à charge de remettre à telle congrégation une somme de plus de 300 francs. Si les dispositions étaient distinctes, le sort de la première serait réglé définitivement par le conseil municipal, celui de la seconde par un décret. A raison de la connexité, le legs sera soumis dans son ensemble au chef de l'État.

Les libéralités complexes, on dit aussi collectives ou mixtes, ne sont pas la condition l'une de l'autre ; elles sont indépendantes. On peut fort bien autoriser l'une et non l'autre, en donnant ainsi satisfaction partielle à la volonté du testateur.

Première espèce. — Le testateur a légué 200 francs à sa commune et 100 francs à son département.

Deuxième espèce. — Il a légué 200 francs à la fabrique de sa paroisse et 200 francs à telle congrégation religieuse reconnue.

L'avis du 27 décembre 1855 traitait les libéralités complexes comme les connexes ; en d'autres termes, il les soumettait à une décision unique, rendue par la

plus élevée des deux autorités administratives appelées à statuer.

A l'époque de cet avis, la première espèce ne présentait aucune difficulté car le préfet était compétent pour l'une et l'autre libéralité (décret de déconcentration du 25 mars 1852, tableau A, 7° et 42°).

Quant à la deuxième espèce, si on avait considéré les libéralités comme faites par dispositions séparées, le sous-préfet aurait autorisé la première libéralité (1) et le préfet la seconde (2). Par suite de notre règle, ce dernier prononcera sur les deux libéralités.

La loi du 18 juillet 1866, dans son art. 1^{er}-6°, dit que les conseils généraux décident définitivement l'acceptation des legs faits aux départements, lorsqu'ils sont purs et simples et ne soulèvent aucune réclamation de la famille. La loi du 24 juillet 1867, art. 1^{er}-9°, donne le même droit aux conseils municipaux pour les legs adressés aux communes. Comment, sous l'empire de cette législation, résoudre notre première espèce ? La règle de l'avis de 1855 n'est pas applicable ; on ne saurait décider que les deux libéralités sont autorisées par le conseil général. Ce serait dépouiller le conseil municipal d'un droit qu'il tient de la loi ; de plus aucun rapport de hiérarchie ne le place au-dessous du conseil général et dans un état de subordination. On ne peut

(1) Décret du 12 août 1807.

(2) Ord. du 2 avril 1817, art. 1^{er}.

donc transporter à ce dernier telle ou telle attribution du conseil municipal, comme on transfère au préfet un droit reconnu au sous-préfet, ou au chef de l'État un droit délégué au préfet. C'est pourquoi un avis du Conseil d'État du 10 mars 1838 (D. P., 1868, 3, 93) a modifié la théorie de l'avis de 1855. On statue comme si les libéralités contenues dans un legs unique étaient faites par dispositions séparées. Chacune est soumise à l'autorité qui dans ce cas serait compétente. Ainsi, dans ma première espèce, le conseil municipal règlera l'acceptation du legs fait à la commune, le conseil général celle du legs adressé au département. Dans la seconde, le président autorisera le legs qui concerne la congrégation et le sous-préfet celui qui s'adresse à la fabrique.

Enfin, dans un nouvel avis du 16 février 1869 (Sirey, 1869, *Lois annotées*, p. 402), le Conseil d'État a abandonné, dans certains cas, sa jurisprudence de 1868, pour revenir à celle de 1855. Une double décision peut, en effet, ne présenter aucune utilité et n'avoir d'autre résultat que d'engendrer des complications et des lenteurs. Si l'une des deux personnes morales auxquelles s'adresse le legs complexe est un département ou une commune, la règle de l'avis de 1868 subsiste; il y aura lieu à deux décisions séparées, car la compétence du conseil municipal ou général ne saurait être méconnue, subir la moindre atteinte. La même règle est encore maintenue quand les personnes morales constituent des

établissements laïques. Cette décision me paraît critiquable. Un testateur a légué, dans une même disposition, une somme inférieure à 3,000 francs à un bureau de bienfaisance, et une somme dépassant ce chiffre à un hospice. Pourquoi exiger un arrêté préfectoral pour le bureau et un décret pour l'hospice? Ne serait-il pas plus simple de se contenter d'un décret réglant le sort de l'ensemble de la disposition? C'est là d'ailleurs la décision de l'avis de 1869 pour le cas où l'une des personnes morales est un établissement religieux. Si un testateur a dit : « Je lègue 10,000 francs au bureau de bienfaisance et 1,000 francs à la fabrique, » un décret statuera sur le tout, quoique la libéralité faite à la fabrique pourrait, si elle était séparée, être autorisée par arrêté préfectoral. On en revient ici, pour plus de simplicité, à l'avis de 1855.

CHAPITRE VII

RESTRICTIONS APPORTÉES A LA CAPACITÉ DE CERTAINES PERSONNES MORALES EN CE QUI TOUCHE LA VALEUR DES BIENS LÉGUÉS.

Indépendamment de la condition de l'autorisation, certains établissements d'utilité publique voient leur capacité restreinte d'une manière fixe et absolue, soit à une somme déterminée, soit à une certaine quotité de la fortune du testateur. Il en est ainsi pour les sociétés de secours mutuels et les congrégations religieuses de femmes.

Il y a des sociétés de secours mutuels (1) qui ne constituent pas des personnes morales, parce qu'elles ne sont pas reconnues d'utilité publique. On les appelle sociétés libres (2) ou encore sociétés simplement autorisées (3).

(1) Voy. la définition de l'objet de ces sociétés dans la loi du 15 juillet 1850, art. 2, et le décret-loi du 26 mars 1852, art. 6.

(2) Batbie, V, n° 291.

(3) Ducrocq, n° 1592.

L'autorisation du gouvernement tend seulement à permettre une réunion et une association de plus de vingt personnes, afin d'éviter le délit prévu par l'article 291 du Code pénal et l'art. 1^{er} de la loi du 10 avril 1834 sur les associations. Nous n'avons pas à nous occuper de ces sociétés, car, comme elles n'ont aucune existence juridique, il est évident qu'elles sont absolument incapables de recevoir des legs (1).

C'est la loi du 15 juillet 1850 qui a pour la première fois permis au gouvernement de reconnaître ces établissements d'utilité publique. Elle ne limitait pas leur capacité de recevoir. Les legs pouvaient être immobiliers aussi bien que mobiliers ; leur valeur n'était pas assujettie à un maximum. Il n'y avait d'autre restriction que celle résultant du droit d'autorisation. Celle-ci pouvait d'ailleurs résulter d'un simple arrêté préfectoral quand le legs était mobilier et non supérieur à 4,000 francs.

Le décret du 26 mars 1852 est venu modifier la précédente loi (2). Bien entendu, à raison de la non ré-

(1) V. note dans Dalloz (1879, 4, 73).

(2) Cela était légal. La Constitution du 14 janvier 1852, art. 58, donnait en effet au président de la République le droit de rendre des décrets ayant force de loi sur toutes matières, jusqu'à la formation des grands corps de l'État. Celle-ci ne fut accomplie qu'au 29 mars 1852. Depuis le 2 décembre 1851 jusqu'à cette époque, le président réunit en ses mains les deux pouvoirs exécutif et législatif.

troactivité des lois, il ne porte pas atteinte aux droits acquis aux sociétés constituées sous l'empire de la loi précédente. Celles-ci restent capables de recevoir des legs immobiliers ou mobiliers d'une valeur quelconque. Mais il innove en ce qui concerne les sociétés établies postérieurement. Désormais, un simple arrêté préfectoral suffit pour les reconnaître, mais leur capacité est diminuée.

Tout d'abord il est certain qu'elles ne peuvent recevoir des legs immobiliers.

Un second point certain, c'est que, en ce qui touche les legs mobiliers, elles ne peuvent accepter, avec la simple autorisation du préfet, que ceux qui n'excèdent pas 5,000 francs. Ces décisions résultent de l'article 8 du décret de 1852, ainsi conçu : « Elle (la société de secours mutuels approuvée) peut recevoir, avec l'autorisation du préfet, les dons et legs mobiliers dont la valeur n'excède pas 5,000 francs. »

Ce qui est douteux, c'est de savoir si, au delà de 5,000 francs, les sociétés de secours mutuels peuvent recevoir des legs mobiliers avec l'autorisation, non pas seulement du préfet, mais du chef de l'État. La jurisprudence résout affirmativement la question (1), et cela me paraît exact. La disposition de l'art. 8, précitée, n'a d'autre objet que de limiter la

(1) D., 1879, 4, 73. Voyez la note de l'arrétiste et les décisions de jurisprudence qu'il cite.

compétence du préfet. Sous l'empire de la loi de 1850, art. 7, la société pouvait recevoir des legs mobiliers, sans limitation de valeur. Seulement le préfet n'était appelé à donner l'autorisation que s'ils n'excédaient pas 1,000 francs; au delà il fallait un décret. Notre textet a tout simplement voulu étendre les attributions du préfet en portant de 1,000 fr. à 5,000 fr. le maximum qu'ils peuvent autoriser. Par là, le législateur a entendu rendre plus facile et plus rapide l'acceptation de ces legs; c'est là une décision de faveur pour ces établissements dont il voulait augmenter le nombre et multiplier les moyens d'action. C'est donc aller précisément à l'encontre de l'esprit de la loi que de voir dans l'art. 8 une limitation à la capacité de nos sociétés. Elles se recommandent en effet, plus encore peut-être que les institutions de charité, à la bienveillance et aux encouragements du gouvernement. Comme tous les établissements de prévoyance, elles ont pour objet de prévenir la misère et les malheurs qu'elle engendre. La bienfaisance ne peut, au contraire, que les atténuer et le plus souvent dans une bien faible mesure.

Pour les congrégations religieuses reconnues, les seules dont nous ayons à nous occuper, puisque les autres ne constituent pas des personnes morales, la limitation à leur capacité de recevoir résulte de la loi du 24 mai 1825. Cette loi, d'ailleurs, ne concerne pas les congrégations d'hommes qui, par conséquent,

restent capables, d'après le droit commun, de recevoir des legs d'une importance quelconque, sous la seule condition de l'autorisation du gouvernement (1). Son texte ne vise que les congrégations de femmes, et comme il s'agit d'une disposition exceptionnelle, il faut la limiter au cas prévu.

Je distingue, selon que le legs a été fait à la congrégation par une religieuse qui en est membre ou par une autre personne.

Si le legs émane d'une *extranea persona*, il peut avoir pour objet une valeur quelconque, mais il doit être à titre particulier (art. 4, § 1). On a craint les charges qui pourraient résulter pour la congrégation de dispositions universelles. Il est évident qu'il ne faut pas voir là une mesure prise, dans l'intérêt des familles ou de la société, contre des libéralités excessives, car un legs particulier peut être beaucoup plus avantageux qu'un legs universel. La prohibition vient ici d'une pensée de faveur et de protection pour les congrégations (2). La sanction consiste dans la caducité radicale de la disposition. Il n'y a pas lieu à réduction ; le legs est

(1) Le préfet ne sera compétent, pour donner cette autorisation, que si le legs n'excède pas 300 francs (ord. du 2 avril 1817, art. 1^{er}, *in fine*). Les auteurs des décrets des 25 mars 1852 et 13 avril 1861 n'ont pas cru devoir déconcentrer en cette matière (Ducrocq, 119, 2^e alin.).

(2) V. Rapport de M. Lainé à la Chambre des députés dans le *Moniteur* du 11 février 1825.

commenon avenu, quelque modique que soit, en réalité, le bénéfice qui en résulte (1).

Si le legs émane d'une religieuse qui dispose au profit de sa congrégation, il est certain, d'abord, qu'il doit être nécessairement particulier, à peine de nullité. Mais, de plus, sa libéralité ne peut excéder le quart de ses biens. Il y a une exception lorsque ce quart n'atteint pas le chiffre de 10,000 francs. La religieuse peut toujours léguer cette somme, sauf l'application des art. 913 et 915 sur la réserve des enfants et des père et mère (art. 5 de la loi de 1825). Si le legs dépassait cette mesure, c'est-à-dire s'il excédait à la fois le quart des biens de la religieuse et la somme de 10,000 francs, il ne serait pas nul mais simplement réductible à la quotité disponible (C. art. 920) (2).

Le même art. 5 dispose qu'une religieuse ne peut léguer à une religieuse de sa congrégation au delà du quart de ses biens, à moins que le legs n'excède pas 10,000 francs. Cette restriction cesse si la légataire est héritière en ligne directe de la testatrice.

Dans une certaine opinion, la sœur légataire est considérée par la loi comme personne interposée. Le legs est présumé s'adresser à la congrégation elle-

(1) *Sic* Demolombe et toutes les autorités qu'il cite. *Don. et testaments*, t. I, n° 569, *in fine*.

(2) Demol., *Donations et test.*, t. I, n° 571; Sir., 1846, 1, 26.

même (1); on en conclut que le legs est nul, s'il est universel ou à titre universel (art. 4) (2). Cette présomption ne cesse que si la sœur instituée est héritière en ligne directe de la testatrice.

Je crois, au contraire, que le legs doit être pris tel qu'il apparaît, c'est-à-dire comme fait à la sœur elle-même. Dans la limite fixée par l'art. 5, une sœur peut disposer au profit d'une autre sœur. Pourquoi celle-ci serait-elle incapable de recevoir en son propre nom? Aucun texte n'en décide ainsi; donc, elle est capable (art. 902, Code civ.). Sans doute sa capacité est restreinte par l'art. 5; mais cette limitation s'explique très bien, indépendamment de l'interposition, par l'influence qu'exercent l'une sur l'autre des personnes qui vivent constamment ensemble et qui se tiennent lieu de famille. La prohibition contenue dans l'art. 4, 1^{er} alinéa, ne vise que les legs faits à la congrégation elle-même. Dès lors, une sœur pourrait très bien adresser un legs à titre universel ou même universel à une autre sœur, pourvu qu'il n'excédât pas le disponible réglé par l'art. 5.

Parfois la sœur instituée ne sera qu'une personne interposée, chargée de transmettre les biens légués à la congrégation. Les héritiers de la testatrice qui en auront fourni la preuve feront appliquer l'art. 911, aux

(1) Troplong, *Donat.*, t. II, 694.

(2) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 130 *bis*, § 4.

termes duquel la libéralité faite par personnes interposées au profit d'un incapable est nulle. Le legs est-il universel ou à titre universel? il sera sans effet et comme non avenu. Est-il à titre particulier? s'il excède le quart des biens, il sera réduit à cette quotité, Pourtant, si ce quart n'atteint pas 10,000 francs, la réduction n'aura lieu que jusqu'à concurrence de cette dernière somme.

CHAPITRE VIII

RESTRICTIONS APPORTÉES A LA CAPACITÉ DES ÉTABLISSEMENTS PAR SUITE DE LEUR SPÉCIALITÉ

Le principe de la spécialité des établissements a deux aspects qu'il faut bien distinguer.

Les personnes morales ne sont admises par la loi qu'en vue d'un certain intérêt plus ou moins général. Le pouvoir social se propose, par ce moyen, d'instituer, ou au moins de développer un service utile à une catégorie plus ou moins nombreuse d'individus. En un mot, il confie aux personnes morales qu'il établit une mission, un but à atteindre. Cette mission doit être soigneusement définie dans l'acte de leur création, loi ou décret. Pour l'accomplir, certains actes sont nécessaires, et il faut bien que la personne morale ait la capacité de les faire. Ainsi la destination d'un établissement détermine un certain cercle d'actes qui s'y rapportent, et pour lesquels seuls il est capable. En d'autres termes, le but que poursuit une personne morale est la mesure de sa capacité. Hors de sa sphère d'action, elle n'a plus aucune capacité, elle n'existe

plus (1). C'est là le premier effet de la spécialité des établissements. Il s'applique à tous, qu'ils soient publics ou d'utilité publique.

Le principe de la spécialité n'est pas en cause, lorsque le testateur a légué purement et simplement à tel établissement, sans fixer aucune destination à sa libéralité. Les administrateurs emploieront la somme à leur gré pour l'un ou l'autre des services rentrant dans sa mission. Un testateur a-t-il légué 100 francs à une fabrique? Pas de difficulté. Le conseil de fabrique emploiera la somme à un objet quelconque, tendant « à l'exercice du culte et au maintien de sa dignité dans l'église (2) ». Il fera une réparation à l'édifice, complètera ou embellira l'aménagement intérieur de l'église, achètera des vases sacrés, de l'encens, fera prêcher une solennité religieuse par un prédicateur en renom, etc. (Voy. Vuillefroy, *Administration du Culte catholique* au mot *Fabrique*). La seule difficulté qui peut se présenter dans cette espèce proviendrait de ce que le testateur aurait mal désigné la personne morale qu'il aurait voulu instituer. Par exemple, il a écrit « la mairie » au lieu de « la commune », ou bien « diocèse », au lieu de « évêché, *mense* épiscopale ».

(1) *Sic* Beudant, note sous l'arrêt suivant (D. P., 1879, 1, 5). Laurent, 1, n^{os} 301, 303. *Contra*, Piébourg, *Quelques questions sur les personnes civiles*, p. 34 et 43; Lyon-Caen, *Condition légale des sociétés étrangères en France*.

(2) Décr. du 30 déc. 1809, art. 1^{er}.

Ce dernier cas s'est présenté devant les tribunaux (Ducrocq, n° 1530). On a soutenu que le legs était nul comme fait au néant. Le diocèse n'est, a-t-on dit, qu'une circonscription administrative, et ne constitue pas une personne morale. Cette proposition a été admise, mais on n'en a pas conclu la nullité du legs. L'intention du testateur n'est pas douteuse, c'est l'évêché qu'il a voulu gratifier. Le légataire est certain; il n'y a dans la disposition qu'une erreur de mot bien excusable chez ceux qui ne connaissent pas le langage précis du droit. La volonté doit l'emporter sur l'expression, d'autant plus qu'en prenant celle-ci à la lettre, elle n'aurait aucune signification.

L'application du principe de la spécialité suppose que le testateur a légué à telle personne morale, en fixant à sa libéralité un certain emploi. Par exemple, il a légué à la commune une somme de 10,000 francs, pour établir dans son école un musée ou une bibliothèque scolaires, ou pour augmenter le traitement de l'instituteur. Ou bien un testateur a légué 1,000 francs au bureau de bienfaisance, pour habiller dix enfants pauvres qui font leur première communion. Un autre lègue 1,000 francs à la Faculté de Droit de Paris, afin de pourvoir la Bibliothèque de tel ouvrage qui lui manque, etc. L'établissement institué ne sera capable de recevoir un tel legs que si la destination indiquée est conforme à ses attributions. Cette question donne lieu à des difficultés.

Un legs avait été fait à la Chambre des Notaires pour distribuer des secours aux pauvres. Le Conseil d'Etat a décidé que cet établissement d'utilité publique était incapable de le recevoir (1). La mission de la Chambre des Notaires, aux termes de l'art. 5 de la loi du 4 janvier 1843, se borne aux deux objets suivants : 1° Exercer un pouvoir disciplinaire sur les membres de la corporation, contrôler leur gestion, afin de recommander la fonction à la confiance et au respect du public (1°-6°); 2° veiller aux intérêts de la corporation, les soutenir au besoin, en réunissant toutes ses forces (art. 5-7°). Elle n'a donc aucune attribution en matière de charité.

Un legs est adressé à une fabrique afin de faire dire des messes ou des prières pour le salut du testateur ou d'une autre personne qu'il désigne : c'est là ce qu'on appelle un legs ou disposition pie. Je pense que cet emploi des sommes léguées rentre dans le service de cet établissement. Ordonner les messes, désigner le prêtre qui les dira, lui payer un salaire conformément au tarif du diocèse, c'est un moyen d'entretenir le culte, d'améliorer la situation des prêtres qui y sont attachés, et de relever ainsi la dignité du service religieux. Il n'y a rien de plus conforme à la mission des fabriques (D. du 30 déc. 1809, art. 1^{er}) (2).

Des auteurs prétendent que la charge pie imposée

(1) D. P. 1882, 3, 23.

(2) La jurisprudence est en ce sens. Dall. au mot *Dispositions*, n° 335; Sir. (1829, 1, 17; 1859, 1, 653).

par le testateur ne rentre ni dans les attributions des fabriques, ni dans celles d'aucune autre personne morale, qu'elle est contraire à la loi, et même aux bonnes mœurs (1). A qui, dit-on, s'adresse cette charge, au fond des choses et comme résultat final? Au prêtre qui dira les messes? Mais il se borne à recevoir le prix du service qu'il rend. La somme qu'il reçoit est pour lui un salaire, et non une libéralité. En réalité, c'est le testateur lui-même qui compte profiter de la disposition en améliorant son sort au delà de la tombe : il a légué à sa propre âme. Or le droit n'admet pas qu'un esprit puisse être bénéficiaire d'une libéralité; pour recevoir par testament, à titre de legs, de charge, ou de fidéicommiss, il faut exister ou tout au moins être conçu au jour du décès (art. 906). — Au point de vue de la morale publique, la charge pie ne saurait être maintenue. Qu'une telle pratique se généralise! Bien des hommes se livreront, sans crainte, à toutes sortes d'actions injustes ou même criminelles qui échappent aux yeux de la justice sociale, et dont le châtement ne peut venir que du juge suprême. Que leur importe, en effet? Une disposition pie effacera tout. Cette argumentation aboutit à tenir pour non écrite la clause dont nous parlons, par application de l'art. 900. En conséquence le legs deviendra pur et simple, et le conseil de fabrique fera des sommes léguées tel usage qu'il voudra.

(1) Laurent, XI, n° 346.

Je repousse ce système. A mon avis l'emploi prescrit doit être maintenu et sanctionné par la loi. Je réponds au premier argument que l'art. 906, en exigeant l'existence ou tout au moins la conception du légataire au décès du testateur, suppose le legs adressé à une personne physique, à un individu humain. Mais, dans notre espèce, il est fait, en vertu de l'art. 910, à une personne morale, la fabrique; il émane d'un certain sentiment religieux, auquel cet établissement a pour mission de donner satisfaction. En ce qui touche la prétention que ce sentiment est mauvais, dangereux, et que le service des messes est immoral, je lui oppose, sans même l'examiner au fond, une fin de non-recevoir. Le droit est une institution humaine. Applicable aux hommes, il doit les prendre tels qu'ils sont, avec leurs superstitions et leurs faiblesses. Or, en fait, combien n'y a-t-il pas de personnes, et des plus honorables, de toutes classes et de toutes professions, qui partagent le préjugé dont nous parlons, et auxquelles leurs croyances imposent ces dispositions comme un devoir! Comment dès lors considérer le legs pie comme contraire aux bonnes mœurs? Il n'est guère contraire qu'à celles de ceux qui présentent cet argument. Annuler de tels legs serait une violation de la liberté de conscience; cela constituerait une tyrannie dont beaucoup de catholiques s'empresseraient de s'affranchir par la fraude.

Le principe de la spécialité a un second effet qui

complète le premier, mais qui ne s'applique qu'aux établissements publics. Dans le champ d'action qui est imparti à chacun d'eux et dont il ne peut sortir, il a seul compétence. Son domaine en quelque sorte est fermé : il ne peut en sortir, mais il lui est propre ; aucun autre n'y peut empiéter. Il n'y a pas d'attributions communes à plusieurs établissements publics. Celui qui est chargé d'un service a seul le droit de s'en occuper. En d'autres termes, les établissements sont indépendants ; il n'y a aucune concurrence entre eux.

Cette indépendance intéresse l'ordre public. Elle évite des conflits qui produiraient l'anarchie dans l'administration. De plus, si deux établissements publics se rencontraient dans un domaine commun, l'un d'eux prospérerait au détriment de l'autre. La déconsidération en résulterait pour ce dernier, ce qui jetterait un discrédit sur l'organe administratif du pays dont il fait partie intégrante. Je trouve une application de cet effet du principe de la spécialité des établissements publics dans la loi du 21 mai 1873, art. 7. Le bureau de bienfaisance est chargé, par la loi même de son institution du 7 frimaire an V, de porter des secours aux pauvres à domicile. La commission administrative d'un hospice ne peut donc pas, à raison de notre principe, employer les revenus de cet établissement en distributions de secours à domicile. C'est ce qu'implique notre texte, car il décide que cette commission devra remettre au bureau de bienfaisance les sommes qu'elle en-

tend affecter à cet usage. Ces sommes, d'ailleurs, ne pourront pas excéder le quart des biens de l'hospice; pourtant cette fraction pourra être portée au tiers avec l'autorisation du conseil général.

Je déduis du même principe les décisions suivantes :

1° Les établissements publics religieux sont incapables de recevoir des legs ayant une destination charitable.

Cette solution est controversée tout d'abord pour les menses curiales et épiscopales. La charité est, dit-on, pour les curés ou évêques, un devoir professionnel, l'un des plus sacrés que l'Eglise leur impose. Cette obligation se manifeste d'une façon en quelque sorte officielle, le jeudi saint, par la cérémonie du lavage des pieds, dans laquelle l'évêque fait le simulacre de laver les pieds de quelques pauvres, attestant ainsi qu'il est le serviteur des malheureux. Je réponds que la bienfaisance est, pour les sièges catholiques, une obligation canonique, mais non légale. La loi ayant chargé de ce service un établissement purement civil et laïque, ne pouvait le conférer aux titres ecclésiastiques. Les biens qui appartiennent à ces derniers en vertu de la personnalité dont ils jouissent, sont consacrés à l'usage et à la jouissance personnels des titulaires; ils ne servent qu'à augmenter leur bien-être matériel.

La controverse est beaucoup plus vive en ce qui touche les fabriques et les consistoires protestants. Dans

un avis célèbre du 6 mars 1873, dans lequel il prétendait fixer les principes et arrêter sa jurisprudence, le Conseil d'État proclamait la capacité des fabriques (1), et cette solution devait s'appliquer aussi aux consistoires protestants, car les raisons sont les mêmes. Aujourd'hui, sa jurisprudence paraît fixée d'une façon non moins forte qu'en 1873, mais dans le sens de l'incapacité (2).

La loi organique du 18 germinal an X dispose dans l'art. 76 : « Il sera établi des fabriques pour veiller à l'entretien et à la conservation des temples et à l'administration des aumônes », et dans l'art. 20 : « Les consistoires veilleront..... à l'administration des deniers provenant des aumônes. » Nous lisons encore dans le décret du 30 décembre 1809, art. 1^{er} : « Les fabriques sont chargées..... d'administrer les aumônes recueillies dans les tronc ou provenant des oblations des fidèles à l'église. » Il s'agit de savoir si ces expressions « administration des aumônes » comportent pour les fabriques et les consistoires le droit d'exercer la bienfaisance. C'est là, dit un premier système, le sens naturel du mot aumônes. Les précédents, aussi bien que les explications de Portalis, viennent le confirmer. Il est incontestable que, sous l'ancien régime, les fabriques pouvaient recevoir pour les pauvres. Après la

(1) D. P., 1873, 2, 97.

(2) D. P., 1882, 3, 23.

tempête révolutionnaire qui, si elle ne les supprimait pas, interrompit du moins leur fonctionnement régulier, elles furent rétablies officiellement dans leurs attributions par le décret de 1809. Ce texte, en leur attribuant l'administration des aumônes, entend par là qu'elles exerceront à cet égard les mêmes fonctions qu'autrefois, en un mot, qu'elles distribueront aux pauvres les deniers provenant des oblations et, d'une façon générale, des libéralités des fidèles. Il est certain aussi que Portalis, le principal auteur du Concordat, entendait l'art. 76 dans le même sens. A cet égard, son intention était de maintenir les anciens usages (v. Portalis, *Discours et rapports sur le Concordat*, p. 424 et suiv.). — Rien ne prouve que le législateur, en admettant l'art. 76, ait entendu le mot *aumônes* dans le même sens que Portalis. Au contraire, aussitôt après le vote de la loi, les dissentiments éclatèrent sur ce point. Des interprètes soutinrent que ce mot indiquait des deniers destinés au culte; ceux qui avaient pour objet le soulagement des pauvres, devaient être, disaient-ils, versés dans la caisse du bureau de bienfaisance. Ainsi Chaptal qui, lui aussi, avait participé à la rédaction du Concordat, écrivait dans un arrêté du 12 prairial an XI : « La loi du 7 frimaire an V a attribué aux bureaux de bienfaisance le droit de recueillir les dons offerts pour le soulagement des indigents » (1).

(1) V. cet arrêté dans Béquet, *Capacité des fabriques*, p. 18.

Merlin (1), plus formel encore, commence par poser le principe de la capacité des bureaux de bienfaisance : « Les bureaux de bienfaisance, créés par la loi du 7 frimaire an V, sont aujourd'hui chargés de la recette et de la distribution des aumônes affectées aux pauvres. » Puis, faisant application de notre principe de la spécialité des établissements publics, Merlin continue : « La loi du 18 germinal an X attribue aux fabriques l'administration des aumônes ; mais elle n'a pour objet que les aumônes offertes pour les frais du culte, l'entretien et la conservation des temples. » — Remarquons enfin que l'art. 1^{er} du décret du 30 décembre 1809 fournit une explication, une sorte de paraphrase de notre art. 76. Dans cet art. 1^{er}, on énumère les perceptions que la fabrique pourra administrer, et parmi elles les aumônes. De peur d'en omettre quelque-une, le texte emploie une formule générale : « tous les fonds qui seraient affectés à l'exercice du culte ». Voilà donc, déterminé par un texte législatif, le caractère de tous les fonds que la fabrique a qualité pour recueillir et administrer. L'unique mission de cet établissement est de veiller à la conservation du temple, à l'entretien et à la dignité du culte dans l'église. En conséquence, il ne peut recevoir que des legs ayant cette destination.

Les consistoires israélites, à la différence des éta-

(1) Répertoire de Merlin, *Aumônes*, § 3.

blissements de la religion catholique et protestante, ont des attributions en matière de charité. Cette exception à notre principe, qui constitue une sorte de faveur, de privilège, pour ces personnes morales, résulte certainement de l'art. 22 de l'ordonnance du 25 mai 1844, sur l'organisation du culte israélite : « Chaque année, le consistoire adresse au préfet un rapport sur la situation morale des établissements de charité, de bienfaisance ou de religion spécialement destinés aux israélites. » Ainsi, le consistoire central et les consistoires départementaux peuvent faire distribuer des secours à domicile ; et ouvrir des maisons hospitalières. Seulement les soins ou les secours ne peuvent s'adresser qu'à des israélites. Dans cette mesure, les consistoires agissent dans le même domaine que les hospices et bureaux de bienfaisance.

2° Les établissements publics religieux sont incapables de recevoir des legs ayant pour objet de répandre l'instruction, de fonder ou d'entretenir des écoles. Cette décision est, bien entendu, étrangère aux séminaires, qui ont essentiellement pour mission d'instruire certains jeunes gens ; il s'agit là d'une instruction spéciale, en vue de préparer, de former aux fonctions du sacerdoce ceux qui s'y destinent. Elle s'applique sans difficulté aux curés et évêchés. Pour les fabriques et les consistoires protestants, il y a controverse.

En principe, c'est la commune qui est chargée du

service de l'instruction primaire (voy. L. du 22 frimaire an II, 27 brumaire an III, 3 brumaire an V, 11 floréal an X, 28 juin 1833, et surtout la loi du 31 octobre 1886, art. 11, 13 et 14). La règle de la spécialité devrait donc logiquement en exclure les établissements dont nous parlons. On admet généralement qu'il y est fait exception pour les consistoires protestants. Dans l'art. 20 de la loi du 18 germinal an X, on lit en effet : « Les consistoires veilleront au maintien de la discipline.... » La discipline des cultes réformés en France a été réglée définitivement dans une assemblée générale tenue à la Rochelle au mois d'avril 1572, et connue sous le nom de septième synode de la Rochelle. Cette assemblée a rédigé une déclaration sur la discipline des cultes protestants. Le chapitre II a pour rubrique « Des écoles » et l'art. 1^{er} porte : « Les églises feront tout devoir de faire dresser des écoles et donneront ordre que la jeunesse soit instruite ». C'est cette ancienne attribution des consistoires que notre art. 20 a voulu constater et mettre en vigueur, en les chargeant de veiller au maintien de la discipline. Ainsi le consistoire et la commune peuvent se rencontrer, et en quelque sorte se faire concurrence dans le service de l'instruction. Seulement, tandis que l'école municipale est ouverte à tous, sans distinction de religion ; l'école consistoriale ne reçoit que des protestants. Il peut même arriver qu'une école consistoriale soit déclarée municipale ; alors la commune et le consistoire

interviendront ensemble pour la subventionner et pour la diriger. On pourra léguer à l'une ou l'autre de ces deux personnes morales, en les chargeant d'employer la somme léguée au maintien et au développement de cette école (voyez l'affaire du legs Haussmann, D. P., 1852, 1, 137).

Les consistoires israélites peuvent également ouvrir des écoles à l'usage de leurs coreligionnaires. Cela résulte de l'ordonnance du 25 mai 1884, art. 10, § 3 : « Aucun ouvrage ne peut être employé dans les *écoles israélites*, s'il n'a été approuvé par le consistoire central... »

Aucun texte au contraire ne nous permet, en ce qui concerne les fabriques, de déroger au principe de la spécialité des établissements, et je pense que toute intervention de leur part en matière d'instruction doit être écartée. Elles n'ont le droit, ni d'ouvrir ni de subventionner une école. Cependant, dans un avis célèbre du 24 juillet 1873, le Conseil d'Etat a admis leur capacité (D. P., 1873, 3, 98). Cet avis doit être rapproché de celui du 5 mars 1873, précité, qui les déclare capables d'exercer la charité. Ces deux décisions sont conçues dans le même esprit : elles tendent à élargir les attributions des fabriques. Le Conseil d'Etat, ne pouvant appuyer sa thèse sur aucun texte, invoque des considérations d'ordre général, et des raisons d'analogie. En fait, dit-il, un grand nombre de fabriques emploient une partie de leurs ressources à soutenir

des écoles. Cet état de choses ne présente aucun inconvénient et n'a que des avantages, d'après l'avis d'éminents ministres de l'instruction publique, tels que Guizot, de Segris, J. Simon. Il importe en effet de multiplier les écoles et principalement celles qui sont pourvues de dotations ou subventions allégeant les charges de l'État et des communes. — Cette observation, appuyée sur de telles autorités, serait excellente en législation, par exemple, pour soutenir un projet de loi qui, augmentant les attributions données aux fabriques par la loi de leur fondation, leur permettrait de créer et d'entretenir des écoles. L'interprète de la loi, au contraire, n'a à tenir compte que des textes en vigueur. Or, le Conseil d'État reconnaît lui-même que « à l'égard des fabriques les règlements sont muets ». Cela entraîne leur incapacité.

Le Conseil d'État argumente aussi par analogie, et même par *a fortiori* de la situation faite aux consistoires protestants. Est-il possible, dit-il, que la fabrique ait moins de pouvoirs que les consistoires ? Ces établissements sont tous les deux chargés de la conservation d'un culte. La fabrique représente le culte catholique ; cela ne saurait être une cause de défaveur, car c'est celui de la grande majorité des Français. Chacun tient naturellement à élever ses enfants dans sa religion. Quoi de plus naturel que de permettre aux fabriques d'ouvrir des écoles pour répondre à ce besoin ? Le contraire serait absurde ; on protégerait

mieux les intérêts de la minorité que ceux du plus grand nombre. — A l'époque où cet argument fut présenté, on pouvait lui faire une très bonne réponse : Les catholiques avaient l'école primaire communale où leurs enfants étaient non seulement instruits, mais aussi élevés dans leur religion dont on leur inculquait les croyances et la morale. La loi du 15 mars 1850 disposait, en effet, dans son art. 23 : « L'enseignement primaire comprend : l'instruction morale et religieuse, la lecture, etc. ». La religion à laquelle il était fait allusion dans ce texte était, de l'aveu de tous, celle des catholiques. Aujourd'hui cette réponse ne pourrait plus être proposée. La loi du 28 mars 1882 dispose ainsi dans son art. 1^{er} : « L'enseignement primaire comprend : l'instruction morale et civique, la lecture et l'écriture, etc. ». Ainsi, dans les écoles primaires, l'instruction religieuse est remplacée par l'instruction civique ; plus brièvement, le civisme est substitué à la religion. C'est ce qu'on appelle la neutralité de l'école publique.

Depuis cette loi de 1882 qui défend à l'instituteur public d'enseigner la religion catholique, il y a vraiment une anomalie dans la législation sur le point qui nous occupe. Etant admis le principe de la neutralité de l'école, que nous n'avons pas à discuter ici, il faudrait choisir, ou de reconnaître le droit pour les fabriques d'ouvrir des écoles catholiques, ou de refuser aux consistoires celui d'entretenir des écoles protestantes.

Une idée très répandue est que l'enseignement des devoirs de l'homme est fort difficile et porte peu de fruits lorsqu'il ne se mêle pas à des croyances religieuses. Supposons que des parents, partageant cette opinion, veuillent faire inculquer à leurs enfants, dans l'école même, les principes de la morale qu'enseigne leur religion. S'ils sont protestants, ils n'ont qu'à les envoyer à l'école consistoriale. S'ils sont catholiques, la fabrique de leur paroisse n'a pas le droit de leur rendre le même service.

Cette contradiction peut engendrer une critique contre le législateur, mais elle ne saurait modifier mon opinion. La raison d'analogie ne suffit pas quand il s'agit d'étendre les attributions d'un établissement. Ses droits ne peuvent résulter que d'un texte formel. En dehors de la capacité fixée par la loi qui le fonde, il n'a plus aucun pouvoir. Or la loi du 18 germinal de l'an X, complétée par le décret du 30 octobre 1809, ne donne d'attributions aux fabriques que pour l'entretien du temple et les dépenses du culte. Donc elles n'ont pas d'attributions scolaires ; celles-ci sont réservées aux communes. D'ailleurs il n'y a peut-être pas complète analogie entre la situation des consistoires et celle des fabriques, et on conçoit que le législateur se montre plus facile quand il s'agit d'élargir les attributions des premiers. Il n'a à redouter de leur part aucun empiètement. D'abord la religion protestante n'est embrassée que par la minorité de la nation. D'autre part elle ne

reconnait pas de chef religieux en dehors et au-dessus de l'Etat. Au contraire, l'histoire atteste les luttes que le pouvoir social a dû soutenir contre l'influence des institutions et des autorités catholiques. C'est ce qui explique les méfiances du législateur à leur égard et la réglementation étroite dont elles ont été l'objet.

Le principe de la spécialité permettra de régler facilement les deux situations suivantes :

Première hypothèse. — Le testateur a légué en vue d'un certain objet, sans indiquer aucun établissement. Ou bien cet objet ne rentre dans le service d'aucun établissement public : en général, cette disposition sera nulle comme faite au profit de personnes incertaines, mais ce point sort de mon sujet. Ou bien il y a une personne morale publique qui compte cet objet dans ses attributions ; elle sera alors considérée comme implicitement instituée légataire. Par exemple, le testateur a dit : « Je veux que telle somme soit employée au soulagement des pauvres, à habiller dix enfants qui font leur première communion, à donner le repas de midi aux enfants pauvres qui fréquentent l'école primaire publique ». Le bureau de bienfaisance acceptera ces dispositions comme des legs qui lui seraient formellement adressés avec un emploi déterminé. De même la commission des hospices doit être considérée comme instituée dans les dispositions suivantes : J'entends que telle somme soit employée à soigner deux personnes de ma commune qui seraient atteintes de telle maladie,

ou encore à recueillir deux vieillards âgés de soixante-dix ans au moins et à les entretenir jusqu'à leur mort. Ainsi encore la fabrique accepterait une disposition ainsi conçue : « Une somme de 1,000 francs sera employée à faire dire des messes pour mon salut ».

Deuxième hypothèse. — Le testateur a légué à l'établissement A, en le chargeant d'employer les fonds à un objet qui rentre dans le service d'un autre établissement B. Par exemple, il a légué 10,000 francs à la fabrique, afin de faire instruire dix enfants catholiques, ou de distribuer des secours aux pauvres; ou à l'inverse, il a légué au bureau de bienfaisance pour établir dans l'église certains objets destinés à l'orner, à en rendre la fréquentation plus commode au public, ou à faciliter l'accomplissement des diverses cérémonies du culte. Trois solutions ont été données : 1° on peut considérer la clause d'emploi comme illicite, la loi interdisant à l'établissement A de s'occuper de l'objet indiqué par le testateur. On effacera alors cette clause et on traitera le legs comme pur et simple. 2° On maintient cette clause. Elle n'est nullement contraire à la loi, puisqu'elle tend à favoriser un service utile, si nécessaire même que le législateur a créé une personne morale chargée d'en assurer le fonctionnement régulier. Ce qui est contraire à la loi, c'est la désignation, pour l'emploi de la libéralité, d'un établissement étranger au service indiqué. C'est cette désignation qu'on tiendra pour non écrite, et on tombera alors dans la

première hypothèse. En conséquence on réputera instituée la personne morale légalement chargée de ce service. La jurisprudence applique cette décision au legs fait à une fabrique pour les pauvres. Elle maintient le legs, mais, supprimant, la désignation de la fabrique, elle le répute adressé au bureau de bienfaisance (*sic*, Laurent, XI, n° 248, et l'arrêt de rejet, D. P., 1882, 3, 23). Dans une troisième opinion, que je préfère, on considère le legs comme radicalement nul. Il n'y a pas lieu d'appliquer ici l'art. 900 pour effacer soit la clause d'emploi, soit l'indication d'un certain établissement. Cet article suppose que la libéralité est adressée à un légataire capable ; dans ce cas, on ne tiendra pas compte des conditions et charges illicites apposées à la disposition. Mais il ne permet pas d'effacer un établissement incapable, afin de transporter le bénéfice du legs à un autre établissement capable. Ce serait remplacer un testament par un autre, pouvoir que la loi ne saurait donner ni au gouvernement, ni aux tribunaux (Laurent, XI, n° 263 et 203) (1). La conséquence de l'incapacité de la personne morale sera la caducité du legs, caducité qui profitera uniquement aux débiteurs du legs, c'est-à-dire, en général, aux héritiers.

(1) Il y a, chez cet auteur, une contradiction entre le principe posé dans ces numéros et la solution qu'il donne au n° 248.

Le second effet du principe de la spécialité, d'après lequel le cercle d'action d'un établissement lui est propre, et ne peut être envahi par aucun autre, ne s'applique pas à ceux qui sont d'utilité publique. Ils émanent de l'initiative privée qui les crée pour toutes sortes d'objets. Lorsque des particuliers ont fondé et fait reconnaître par le gouvernement un établissement devant répondre à un certain besoin matériel ou moral, rien n'empêche d'autres personnes d'en organiser un autre pour satisfaire aux mêmes intérêts, soit de la même façon, soit d'une manière plus large ou plus efficace. Ainsi, les établissements d'utilité publique entrent en concurrence entre eux et avec les établissements publics. Un testateur pourra très bien adresser à l'un d'eux un legs se rapportant à un service public, pourvu que cette destination rentre dans ses attributions. S'agit-il d'une congrégation dont les membres se vouent au service divin, aux prières ? Elle pourra, comme la fabrique, recevoir un legs, sous la condition de dire des messes ou des prières. Les attributions du bureau de bienfaisance ne m'empêchent pas de faire un legs à une société de secours mutuels, en prescrivant aux administrateurs d'employer la somme donnée à distribuer des secours aux membres de la société, malades ou infirmes. De même, en matière d'instruction primaire, il y a des congrégations religieuses reconnues, notamment celle des Frères de la doctrine

chrétienne (D. du 17 mars 1808) et celle des Sœurs de St-Vincent-de-Paul (D. du 18 février 1809), qui se trouvent en concurrence avec les communes. On pourra faire à toutes ces personnes des legs pour le développement de l'instruction.

CHAPITRE IX

DES CONDITIONS CONTRAIRES A LA LOI ET DEL'INTERPOSITION DE PERSONNES

L'art. 900, qui tient pour non écrites dans les legs les conditions contraires aux lois, s'applique sans aucun doute à ceux qui sont faits aux personnes civiles. J'ai dit qu'on ne devait pas considérer comme condition illicite la disposition par laquelle le testateur fixe à son legs un emploi qui ne rentre pas dans les attributions de la personne morale instituée : le legs tombe alors complètement comme adressé à un incapable. Je suppose donc que le legs est fait à un établissement dans la limite de sa capacité, soit que le testateur n'ait pas indiqué un emploi précis, soit qu'il ait fixé un emploi conforme à sa mission.

Chaque établissement public ou d'utilité publique a une administration organisée par la loi qui le fonde, ou par ses statuts légalement approuvés. Parfois les testateurs veulent substituer à cette administration légale des personnes en qui ils ont plus de confiance, et qu'ils

chargent d'employer les sommes léguées. Ils n'en ont pas le droit : il ne peut y avoir d'autres représentants des personnes morales que ceux qui ont reçu cette qualité conformément à la loi qui les fonde ; les testateurs ne peuvent ni les changer, ni modifier leurs pouvoirs. Ce principe ne souffre exception qu'en vertu de textes formels : il en est ainsi notamment lorsqu'un fondateur de lits dans un hospice réserve à ses héritiers le droit de désigner les malades qui les occuperont (décret du 28 fructidor an X). En dehors de ces exceptions, les conditions dont nous parlons sont illégales et doivent être tenues pour non écrites.

Un testateur lègue 10,000 francs à un bureau de bienfaisance et il ordonne que cette somme sera distribuée par telle personne, par exemple le curé de la paroisse, un fonctionnaire public, ou même un simple particulier, ami du testateur. En pratique, on maintient cette clause (1) sans discussion. Le tiers, chargé de la distribution, doit seulement rendre compte au bureau de sa gestion. Il suffit qu'il produise une liste des pauvres qu'il a soulagés avec l'indication des sommes données à chacun. Aucune pièce justificative n'est exigée. Ce simple contrôle, joint à la confiance du testateur, paraît à l'administration une garantie suffisante (2). Je crois que cette façon de procéder constitue

(1) D. P., 1845, 2, 59, et 1843, 4, 150.

(2) D. P., 1877, 2, 158.

une faculté, mais non une obligation pour le bureau. Il n'est pas tenu de remettre les sommes au tiers désigné; cette désignation, d'après notre principe, doit être tenue pour non écrite. Le bureau, en effet, est chargé par la loi, non pas seulement de recevoir des sommes destinées aux pauvres, mais encore de les leur distribuer en secours portés à domicile. Sa mission ne consiste pas à être un simple dépositaire de fonds de secours; c'est une institution essentiellement active, qui suffit à sa tâche, grâce à un personnel nombreux et zélé, sans cesse en rapport avec les indigents.

Dans le même ordre d'idées, je tiendrais pour non écrites les conditions suivantes : Je lègue à une fabrique telle somme destinée à faire prêcher chaque année une solennité religieuse par un prédicateur que désigneront mes héritiers; à ma commune telle somme, pour entretenir dans l'école primaire publique un maître-adjoint ou un professeur de dessin que choisiront mes enfants; à telle Faculté une somme destinée à conférer une bourse à un jeune homme que désignera toujours à son gré le maire de ma commune ou le curé de ma paroisse, etc. Ces clauses effacées, les représentants légaux de la personne morale gratifiée exerceront leurs attributions, comme à l'ordinaire.

Une condition qui porterait atteinte au droit de disposition de la personne morale légataire devrait être tenue pour non écrite. Un testateur lègue un immeuble à un bureau de bienfaisance, à cette condition qu'il ne

pourra jamais être aliéné, si ce n'est en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. Cette clause est contraire aux art. 537 et 541, d'après lesquels la propriété est le droit de disposer librement. On peut bien transférer à son légataire une propriété démembrée, amoindrie par des servitudes réelles ou personnelles, mais on ne saurait léguer un droit de propriété qui ne comportât pas le pouvoir d'aliéner; une telle restriction n'est pas admise par la loi, car elle est contraire à l'intérêt général, qui veut la libre circulation des biens. Notre condition sera donc effacée, et la commission administrative pourra aliéner l'immeuble, quand elle le jugera à propos, et en remplissant les formalités prescrites.

Nous avons vu que le gouvernement a le droit, quand il juge exagéré le legs adressé à une personne morale, d'en prononcer la réduction. Ce pouvoir est souvent connu des testateurs qui, préoccupés d'assurer la pleine exécution de leurs legs, ajoutent cette clause : « J'entends que cette disposition reçoive son exécution pleine et entière; sinon, je veux qu'elle soit tenue pour nulle. » Si on maintient cette clause, le gouvernement sera tenu d'autoriser ou de refuser pour le tout; il ne pourra réduire. La réduction qu'il prononcerait aurait pour effet de faire défaillir la condition mise à la disposition, et le legs tomberait. C'est ce qu'a décidé la Cour suprême, par un arrêt de cassation du 25 mars 1863 (D. P., 1863, 1, 114). Cette solution a l'avantage de

faire produire effet à la volonté du testateur qui ne veut pas que la disposition soit tronquée. On ajoute qu'elle ne présente aucun danger, car le gouvernement a toujours le droit, s'il juge la disposition exagérée, de la faire tomber par le refus d'autorisation. Sans doute, avoue la Cour *in fine*, le gouvernement se trouve gêné ; il préférerait maintenir la libéralité pour une partie, et en réserver l'autre aux héritiers ; mais, puisqu'en définitive il reste armé du pouvoir d'empêcher, par un refus, un accroissement exagéré des biens de mainmorte, et la spoliation complète des héritiers, l'ordre public, l'intérêt des familles sont hors de cause, et on ne saurait tenir la clause pour non écrite. Grâce à cette théorie, l'administration, qui ne voudra pas priver l'établissement d'une libéralité très utile, autorisera simplement, et ainsi le testateur aura assuré la complète observation de ses volontés.

D'après la jurisprudence des Cours d'appel, la clause litigieuse doit, au contraire, être effacée, en vertu de l'art. 900 (V. notamment les arrêts de la Cour de Paris du 2 août 1861 (D. P., 61, 2, 229) et de la Cour de Lyon du 29 janvier 1864 (D. P., 64, 2, 107), et cette solution me paraît préférable. Le droit de refus partiel est certainement contenu implicitement dans l'art. 910. Dans l'ancienne jurisprudence des parlements, il était reconnu et beaucoup plus pratiqué que le refus total : « C'est, dit Durand de Maillanne, la jurisprudence universelle du royaume, d'accorder aux parents pauvres

du testateur la préférence ou une portion privilégiée sur le legs qu'il a fait aux pauvres en général. » (*Dictionnaire de droit canon*, v^o *legs*). De même, nous lisons dans Merlin (V. *Instit. contract*, sect. v, § 1) : « Régulièrement on ne faisait, dans la plus grande partie de la France, que réduire les institutions d'héritiers ou legs universels. » Le droit de réduction était nettement reconnu dans l'édit du mois d'août 1749, art. 14 *in fine*. L'art. 910 n'a fait que maintenir cet état de choses. Bigot-Préameneu disait, dans l'exposé des motifs : « Le gouvernement doit empêcher qu'il y ait, dans ces dispositions, des excès condamnables », et Jaubert, dans son rapport au Tribunat : « Le zèle et la piété ne doivent pas excéder les bornes légitimes. » Etant donné que le droit de refuser l'autorisation est d'ordre public, et que le testateur n'y saurait soustraire sa disposition, pourquoi en serait-il autrement du droit de prononcer la réduction, qui n'est qu'un refus partiel? Dans l'ancien droit, Rousseau de la Colombe écrivait déjà (*Jurisprudence civile*, v^o *Communautés ecclésiastiques ou mixtes*) : « Il faut conclure de ce que dessus, que les dons d'immeubles faits aux communautés sont du moins réductibles. Il est important pour le bien public de s'en tenir rigide ment à cette jurisprudence. » En effet, que peut-il y avoir de contraire à l'ordre public, dans un legs adressé à une personne morale? Ce n'est pas la disposition elle-même, c'est l'excès de la libéralité. Ce qui importe, dans l'in-

térêt des familles et de l'État, c'est que le gouvernement puisse réduire la disposition, autant qu'elle dépasse ce qui est juste et raisonnable. La conciliation entre les droits de la famille, de l'État et de l'établissement gratifié, touche à l'intérêt général. Un refus n'y donne pas satisfaction. L'établissement gratifié peut avoir besoin de cette libéralité ; ses ressources ont pu diminuer, ses dépenses s'accroître. Un service d'utilité publique est exposé à dépérir, et le legs en question va le relever. Le gouvernement manquerait à son devoir s'il refusait l'autorisation. Mais, d'un autre côté, la protection des familles contre des dispositions excessives adressées aux personnes morales est aussi un intérêt public. Il est donc impossible d'admettre qu'un testateur porte atteinte au droit de réduction (Laurent, XI, 268). Qu'arriverait-il, d'ailleurs, si cette atteinte était consacrée par la jurisprudence ? Les notaires indiqueraient bientôt aux testateurs l'usage de cette clause, qui deviendrait de style. De cette façon, le droit de réduction n'existerait plus qu'en théorie ; de fait, il serait supprimé, et la loi serait violée (D. P., 61, 2, 229).

Les testateurs savent bien qu'en général, lorsque le gouvernement réduit leur legs ou refuse de l'autoriser, ce n'est pas par crainte de l'extension des biens de mainmorte, mais bien dans l'intérêt des héritiers. C'est pourquoi, préoccupés de donner pleine exécution à la libéralité, ils s'avisent parfois de mettre ces

derniers hors de cause, c'est-à-dire de rendre la décision du gouvernement indifférente à leur égard. Ils déclarent que, si le legs manque son effet, soit pour le tout, soit pour partie, les biens qui ne pourront être recueillis par l'établissement appartiendront à telle personne, qui jouera le rôle de substitué, ou même qu'il désigne comme légataire universel. De cette façon le gouvernement autorisera purement et simplement le legs. La réduction ou le refus ne profiteraient en effet qu'à un individu non parent; il n'y a pas de raison pour le protéger. Les héritiers légitimes ne réclameront même pas; ils n'y ont pas intérêt puisque, dans tous les cas, les biens légués doivent leur échapper. — Dans ces termes, je pense qu'on devra effacer, par application de l'art. 900, le legs universel ou la substitution. Ces dispositions ne sont pas sincères; on n'y trouve pas l'*animus donandi*, qui constitue la cause de toute libéralité; elles ne sont pas faites pour valoir elles-mêmes, mais pour soutenir le legs adressé à une personne morale. C'est simplement un moyen de dépouiller plus sûrement ses parents, en les soustrayant à la protection du gouvernement, en un mot, un procédé tendant à éluder l'art. 910. La disposition litigieuse étant tenue pour non écrite, l'administration aura à se préoccuper de l'intérêt des héritiers, ce qu'elle fera, soit par une réduction, soit même par un refus d'autorisation. Bien entendu, si les circonstances de la cause écartaient toute idée de fraude, la substi-

tution ou le legs universel devraient être maintenus, et toute décision, diminuant les droits de la personne morale, profiterait aux bénéficiaires de ces dispositions (Laurent, XI, 291 *bis*).

Les testateurs emploient aussi pour échapper à l'article 910, la fraude très simple, et malheureusement très usuelle en matière d'incapacité, que prévoit l'article 911 : l'interposition de personnes. Ils y ont recours aussi, pour éluder les incapacités spéciales à certaines personnes morales, en ce qui concerne la nature ou la valeur des biens légués.

Les héritiers du testateur devront prouver que le légataire n'est qu'une personne interposée, et ils pourront employer toutes espèces de preuves, même des témoignages ou même de simples présomptions, puisqu'ils attaquent le legs pour cause de fraude (articles 1348 et 1353). Bien au courant des habitudes, des sentiments et des relations du testateur, leur parent, ils puiseront ces présomptions dans les rapports de celui-ci et de son légataire avec l'établissement qu'ils soupçonnent être le véritable bénéficiaire de la libéralité. L'interposition établie, le legs ne sera pas caduc ; il ne s'adresse pas, en effet, à un établissement radicalement incapable, puisqu'il est reconnu et investi de la personnalité, et il est de principe qu'on peut faire indirectement ce qui peut être fait directement. Tout se passera donc comme si le legs avait été fait directement et à découvert à la personne morale. Le

gouvernement statuera sur la question d'autorisation, en tenant compte de la situation de fortune, non pas de la personne interposée, mais bien des héritiers du testateur, qui profiteront, s'il y a lieu, de la réduction ou du refus d'autorisation. On a imaginé une fraude habile, ayant pour objet, non pas de dissimuler l'interposition, mais d'exclure les héritiers du droit de la prouver, et de transporter ce droit à des personnes désignées exprès pour n'en pas user. Un testateur lègue 10,000 francs à un religieux et il est entendu entre eux que cette somme sera consacrée aux besoins de sa congrégation. Il désigne ensuite Primus comme légataire universel, ou il le substitue au religieux. Logiquement, les héritiers ne doivent pas être admis à prouver qu'il y a là un legs adressé en réalité à une personne morale. Quel serait leur but ? Faire réduire le legs, ou le faire tomber par un refus d'autorisation ? Mais cette caducité ou cette réduction ne peuvent profiter qu'au légataire universel ou au substitué, et dès lors leur action doit être écartée en vertu de l'adage : « *Cui non interest nulla est actio.* » Il est clair qu'un tel résultat est impossible, puisqu'il a pour effet de rendre inutiles des règles essentielles sur l'incapacité des personnes morales. Les héritiers devront commencer par faire tomber le legs universel ou la substitution en établissant qu'ils n'ont rien de sérieux, et qu'ils sont uniquement destinés à servir de support, de laisser passer à la disposition

faite au profit de la congrégation. Ils montreront que le testateur n'était aucunement lié avec Primus, qu'il n'avait pas de motif pour lui adresser personnellement une libéralité, et qu'il ne le connaissait qu'à raison de leurs rapports avec la congrégation. S'il s'agit d'un legs universel, ils feront remarquer que le legs particulier adressé à la personne morale par personne interposée absorbe toute la succession et ne laisse pas le moindre avantage au légataire universel (D. P., 54, 2, 167 et 71, 2, 12). Ce dernier, de son côté, alléguera pour sauver son legs, qu'un testament ne peut être annulé que pour des causes tirées de son contexte même, et non à raison de circonstances indépendantes, extrinsèques. Les héritiers répondront que cette règle s'applique, quand la disposition est sincère; mais les règles du droit sont en quelque sorte faussées et doivent être suspendues, quand la fraude est en jeu : « *fraus omnia corrumpit* ». Une objection plus spéciale consiste à dire que le légataire universel n'est pas complice de la fraude. Cela peut être vrai. Le testateur ne lui a peut-être pas dit le rôle qu'il entendait lui faire jouer dans sa combinaison; seulement il savait bien qu'il n'attaquerait pas ses dispositions pour son compte et qu'il serait retenu par bien des raisons : l'amitié, la reconnaissance pour le testateur qui l'a institué, et l'intérêt qu'il porte lui-même à l'œuvre favorisée. Or, que prétendent les héritiers? Que le legs universel n'est au fond qu'un mandat donné par le tes-

tateur, tendant à repousser l'action des héritiers et à faire valoir les dispositions adressées à une personne morale en dehors des prescriptions de la loi ? Mais un mandat est un contrat et suppose un accord de volonté entre le testateur et le légataire universel. Dans l'espèce, cet accord n'existe pas. Il y a dans la résistance du légataire un acte libre, purement personnel, qui doit être respecté. — Les héritiers répondent que si, à l'origine, le légataire universel a pu être étranger à la fraude, il n'en est pas de même après le décès. A ce moment et devant la réclamation des héritiers, il n'ignore plus le rôle que le testateur a entendu lui faire jouer, et s'il s'oppose à cette réclamation, il entre dans la combinaison et devient complice de la fraude. Le legs universel annulé, et l'interposition de personnes reconnue, le tribunal renverra l'établissement indirectement gratifié à se pourvoir en autorisation, en déclarant que la réduction ou le refus d'autorisation profiteront aux héritiers.

Les fraudes que je viens de décrire ont été imaginées en vue de faire exécuter des legs adressés aux congrégations religieuses reconnues, et d'échapper, soit aux incapacités contenues dans la loi du 24 mai 1825, art. 5, soit à la nécessité de l'autorisation prescrite par l'art. 910 et la loi du 2 janvier 1817, art. 1^{er}. S'il est, en effet, des gouvernements favorables aux œuvres entreprises par les congrégations, il y en a d'autres qui les jugent inutiles et même dangereuses, et qui s'op-

posent à une accumulation de ressources destinées à les entretenir et à les développer. Les libéralités sont alors impitoyablement réduites ou frappées de refus. Cependant aucun motif ne saurait justifier la violation de la loi et, tant que l'art. 910 et la loi de 1825 resteront debout, les tribunaux devront déjouer toutes les tentatives tendant à en éluder ou à en diminuer l'application.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. Dès l'époque des *legis actiones*, les condamnations étaient exclusivement pécuniaires.

II. La transformation du droit déduit en justice, qui est dans tous les cas l'effet de la *litis contestatio*, ne fait pas obstacle à l'exercice du droit de préférence attaché aux droits réels.

III. L'*arbitrium* appartient de plein droit au juge dans les actions de bonne foi.

IV. L'exécution forcée du *jussum* n'apparut pas dès l'établissement du système formulaire, mais elle était déjà en vigueur à l'époque d'Ulpien.

DROIT FRANÇAIS

I. Les personnes morales instituées légataires doivent posséder l'existence juridique au décès, ou tout au moins, si le legs est conditionnel, au jour de l'arrivée de la condition.

II. Elles ne sont pas saisies de plein droit au jour du décès, même quand le legs est universel, et qu'il n'y a pas d'héritiers réservataires.

III. Les établissements publics ou d'utilité publique n'ont qu'une capacité spéciale, c'est-à-dire limitée à certains actes rentrant dans leur mission.

IV. La clause par laquelle le testateur dénie au gouvernement le droit de réduire doit être tenue pour non écrite.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. Le simple pacte de transaction était sanctionné par le prêteur et même, dans certains cas, par le droit civil.

II. Le *dies cedens*, même dans les legs purs et simples, n'avait pas toujours lieu au jour du décès. Il pouvait être reporté, soit à l'époque de l'adition, soit même à une époque ultérieure.

III. Le légataire d'une chose qui n'appartient pas au testateur est en principe obligé de prouver que le disposant savait n'être pas propriétaire ; mais cette règle reçoit plusieurs exceptions. — Ce légataire, en cas d'éviction, peut exercer un recours contre l'héritier ; cette solution ne trouve pas d'obstacle dans la règle qu'un acquéreur à titre gratuit n'a pas droit à garantie.

IV. Dans la loi 49, *Mandati vel contra*, XVII, 1, la deuxième hypothèse, prévue en ces termes *vel contra, ego vendidi illius mandatu*, etc., est, d'après l'opinion générale, la suivante : Titius, le mandant, était propriétaire de la chose et savait l'être, mais il a erré sur son titre de propriété. D'après une interprétation que je préfère, l'erreur du mandant, partagée par le mandataire, consistait à croire ce dernier propriétaire, alors que c'était Titius qui l'était effectivement ; en un mot, l'espèce visée par les mots précités est précisément celle de la loi 15, § 2 (*De contrah empt.*, XVIII, 1).

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. Le remploi fait par le mari pour sa femme doit être considéré comme un acte de gestion d'affaires.

II. Sous le régime dotal, la dot mobilière est aliénable.

III. Le légataire à titre universel ne gagne les fruits que du jour de la demande en délivrance, même quand il l'exerce dans l'année du décès.

IV. Le légataire universel n'est pas tenu des dettes ou des legs particuliers au delà de l'actif héréditaire.

DROIT ADMINISTRATIF

I. La constitution d'un bureau de bienfaisance ne peut être autorisée que par un décret.

II. La personnalité morale du département ne date pas de sa création ; elle n'est née qu'en 1811.

DROIT INTERNATIONAL

III. Un établissement jouissant à l'étranger de la personnalité civile, ne peut recevoir par testament des biens situés en France.

DROIT COMMERCIAL

IV. Le vendeur d'un immeuble, qui n'a pas fait transcrire l'acte de vente avant le jugement déclaratif de la faillite de son acheteur, est déchu de son privilège, mais il conserve le droit de demander la résolution de la vente.

Vu par le Président de la thèse,
C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen de la Faculté,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Introduction	3
Chapitre I ^{er} . — Origine de l' <i>arbitrium</i> . — Condamnations pécuniaires sous les <i>legis actiones</i> . — Sens des mots <i>judex</i> , <i>arbiter</i> . — De l' <i>arbitrium litis æstimandæ</i> . — De l'attribution de la possession provisoire par le magistrat	9
Chapitre II. — Utilité et fonctionnement de l' <i>arbitrium</i> . — Des diverses satisfactions qui peuvent être ordonnées. — Des <i>cautiones</i> imposées par le juge. — Influence de l' <i>arbitrium</i> pour le maintien du droit de préférence attaché aux droits réels; ce pouvoir n'emporte aucune préférence pour les créanciers munis d'actions personnelles arbitraires. — Il apporte un moyen d'échapper à des condamnations rigoureuses. — De la règle <i>omnia judicia sunt absolutoria</i> ; elle ne rend pas inutile l' <i>arbitrium judicis</i>	24
Chapitre III. — Des cas dans lesquels le juge est investi de l' <i>arbitrium</i> , ou, en d'autres termes, quelles actions sont arbitraires. — Le § 31, <i>De act.</i> aux Institutes, n'en contient pas une énumération limitative. — Gaius ne parle de la formule <i>petitoria</i> que d'une façon incidente à propos des interdits. — De l' <i>arbitrium</i> dans les actions de bonne foi; — de droit strict; — noxales.	46
Chapitre IV. — De l'appel contre l' <i>arbitrium judicis</i>	77
Chapitre V. — Sanction de l' <i>arbitrium</i> . — L'exécution du <i>jussum manu militari</i> était admise à l'époque d'Ulpien. — Du <i>juramentum in litem</i> , au cas où le défendeur s'était mis par dol dans l'impossibilité de restituer	79

Chapitre VI. — De l' <i>arbitrium</i> sous la procédure extraordinaire	93
Chapitre VII. — Y a-t-il, dans notre droit français, un moyen de procédure analogue à l' <i>arbitrium judicis</i> ?	95

DROIT FRANÇAIS

Chapitre I ^{er} . — Des personnes morales en général; leur division. — Utilité des legs qui leur sont adressés.	101
Chapitre II. — De la capacité des personnes morales de recevoir par testament. — Legs à un établissement qui ne jouit pas de la personnalité à l'époque du décès. — Motifs de l'incapacité de recevoir. — Les sociétés de commerce ne peuvent être autorisées à recevoir un legs.	108
Chapitre III. — Des formes de l'autorisation. — De l'instruction qui la précède et de l'autorité compétente pour la donner. — De la réduction.	172
Chapitre IV. — De la saisine et de l'acceptation.	193
Chapitre V. — De l'acceptation d'office	204
Chapitre VI. — Des legs complexes ou connexes.	208
Chapitre VII. — Restrictions apportées à la capacité de certaines personnes morales en ce qui touche la valeur des biens légués	213
Chapitre VIII. — Restrictions dérivant du principe de la spécialité des établissements. — Les legs pies rentrent dans les attributions des fabriques. — Les établissements publics religieux ne peuvent recevoir des legs ayant une destination charitable ou scolaire.	221
Chapitre IX. — Des conditions contraires à la loi et de l'interposition de personnes. — De la clause tendant à empêcher l'exercice du droit de réduction. — De l'interposition et de la fraude tendant à empêcher aux héritiers de la prouver.	243
Positions	257

